



Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.501.640-SP (2014/0192308-6)

Relator: Ministro Moura Ribeiro
Recorrente: AVG Siderúrgia Ltda
Recorrente: Bernardo Andrade Valadares Gontijo
Recorrente: Rodrigo Andrade Valadares Gontijo
Advogados: Adriana Cury Marduy Severini - SP106253
Cezar Degraf Matheus - PR012154
Recorrido: Banco Santos S/A - Massa Falida
Advogado: Paulo Guilherme de Mendonça Lopes e outro(s) - SP098709
Recorrido: Profix Fundo de Investimento Multimercado
Advogados: Renato Napolitano Neto - SP155967
Flavia Porto Gomes Gubert - SP234394
Eric Bayer e outro(s) - SP250616
Eduardo Borges Leal da Silva - SP256890
Recorrido: Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro
Advogado: Ricardo Zamariola Junior - SP224324
Advogados: Tatiana Flores Gaspar Serafim - SP246400
Luciano de Souza Godoy - SP258957
Recorrido: Sanvest Participações S/A - Massa Falida
Advogados: Nelson Garey - SP044456
Maria Cristina Bontorin e outro(s) - SP117003

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Cédulas de crédito bancário. Celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia assim obtida em debênture de sociedade coligada ao Banco Santos. Ação desconstitutiva precedida de medida cautelar e julgada simultaneamente com embargos do devedor. *Recurso manejado sob a égide do CPC/73. 1. Prevenção por conexão. Súmula n. 235 do STJ. 2. Violação do art. 535 do CPC/73. Omissão e contradição inexistentes. Reforma do julgado. Impossibilidade. 3. Cerceamento de defesa. Revisão de matéria fático-probatória.*

Impossibilidade. Súmula n. 7 do STJ. 4. Ofensa a coisa julgada. Não ocorrência. 5. Erro e dolo não caracterizados. 6. Simulação. Negócio jurídico nulo. A simulação pode ser alegada por uma das partes contra a outra. 7. Simulação relativa. 8. Inoponibilidade das exceções pessoais a endossatários de boa-fé. Não-aplicação. 9. Massa falida não pode ser considerada terceira quanto aos negócios celebrados pela sociedade falida. 10. Recurso especial provido.

1. A prevenção por conexão tem por finalidade evitar o proferimento de decisões conflitantes, donde resulta que *a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado* (Súmula n. 235, do STJ).

2. Não há violação ao art. 535 do CPC/73 se foram analisadas as questões controvertidas objeto do recurso pelo Tribunal de origem, ainda que em sentido contrário a pretensão da recorrente.

3. O julgamento antecipado da lide não implica cerceamento de defesa quando o juízo embasa sua convicção em prova suficiente para fundamentar as deduções expostas na sua decisão. Rever a conclusão do Tribunal de origem exigiria inevitável revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se admite em recurso especial, à luz da Súmula n. 7 do STJ.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que para a configuração da coisa julgada deve haver tríplice identidade entre as ações, ou seja, partes, causa de pedir e pedido devem ser os mesmos. Precedentes. Na hipótese, a cédula de crédito bancário declarada inexigível por decisão com trânsito em julgado não foi objeto da execução que originou o presente recurso especial.

5. O Tribunal de origem, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que o negócio jurídico celebrado pelas partes, consistente na celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia obtida em debênture de sociedade coligada, não padecia de vício de consentimento (erro ou dolo). Os negócios assim realizados não pretenderam estimular em momento algum o desenvolvimento das atividades empresarias das recorrentes, e sim camuflar a prática de negócio diverso, dissimulado por parte da instituição financeira.

6. Com o advento do CC/02 ficou superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. O art. 167 do CC/02 alçou a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico. *Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra* (Enunciado n. 294/CJF da IV Jornada de Direito Civil). Precedentes e Doutrina.

7. O negócio jurídico simulado é nulo e conseqüentemente ineficaz, ressalvado o que nele se dissimulou (art. 167, 2ª parte, do CC/02).

8. O endosso do título transmitiu o vício que o inquinava, inclusive a possibilidade de declarar nulo o negócio simulado. No caso, não se cogita da vedação de opor exceções pessoais relativas ao emitente do título e ao endossante, mas, ao contrário, de vício na emissão do título, que o acompanha desde o nascedouro e não se convola com endossos sucessivos.

9. A inoponibilidade das exceções pessoais também não se aplica a massa falida, composta em seu aspecto objetivo pelo acervo patrimonial outrora pertencente a sociedade falida, uma vez que ela apenas sucede essa última nas relações jurídicas por ela mantidas, não sendo possível considerá-la terceira em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada.

10. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Dr(a). Cezar Degraf Matheus, pela parte recorrente: Rodrigo Andrade Valadares Gontijo.

Dr(a). Fabiano Carvalho, pela parte recorrida: Profix Fundo de Investimento Multimercado.

Dr(a). Ricardo Zamariola Junior, pela parte recorrida: Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

*Republicação por erro material.

DJe 7.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: O presente recurso especial teve origem na ação ajuizada por *AVG Siderurgia Ltda.*, *Bernardo Andrade Valadares Gontijo* e *Rodrigo Andrade Valadares Gontijo* (AVG e outros) contra a *Massa Falida do Banco Santos S.A.*, *Sanvest Participações S.A.*, *Profix Fundo de Investimento Multi Mercado* e de *Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro* (Banco Santos e outros), pretendendo a determinação de ineficácia dos negócios jurídicos celebrados entre eles, consubstanciados no empréstimo constituído por cinco cédulas de crédito bancário (CCB), emitidas no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) cada e na aquisição da debênture da empresa *Sanvest Participações S.A.* pelo valor de R\$ 4.935.000,00 (quatro milhões novecentos e trinta e cinco mil reais). Subsidiariamente, pleitearam o cumprimento da obrigação de receber a debênture pelo valor da emissão, corrigido pelos mesmos índices pactuados para o empréstimo, abatendo o referido valor do saldo devido.

A sentença julgou improcedentes os pedidos formulados por AVG e outros na ação principal e na medida cautelar preparatória. Em julgamento simultâneo foram rejeitados os embargos do devedor opostos à execução de título extrajudicial, com amparo em quatro cédulas de crédito bancário, ajuizada por *Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro*.

A improcedência dos pedidos e a rejeição dos embargos do devedor foram mantidos pela 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, em acórdão assim ementado:

Contrato. Cédula de crédito bancário. Ação declaratória de ineficácia, precedida de medida cautelar e julgada simultaneamente com embargos do

devedor. Execução de 'título extrajudicial promovida por endossatária. 'Pretensão dos' autores fundada em "operação casada". Cédulas simultâneas à aplicação em debênture de emissão de empresa ligada ao banco creditor, formal ou informalmente. Vício de consentimento não caracterizado, por erro, coação ou omissão dolosa do banco creditor. Cerceamento de provas afastado. Código de Defesa do Consumidor inaplicável. Crédito destinado ao giro comercial da creditada. Constitucionalidade presumida da Lei sobre Cédula de Crédito Bancário (Lei n. 10.931/04). Honorários advocatícios arbitrados em valor razoável. Recurso desprovido, por maioria.

Embargos do devedor. Súmula n. 14 do Tribunal de Justiça. Cédula de crédito bancário que é título executivo extrajudicial. Alegação de excesso de execução afastada. Comissão de permanência não cobrada. Taxa de juros livre. Precedente para recursos repetitivos do Col. STJ. Contratos posteriores à Medida Provisória sobre capitalização. Multa de 10% admissível e juros de mora de 1% ao mês. Recurso desprovido, por maioria. (e-STJ, fl. 5.016)

Seguiu-se a oposição de embargos de declaração que foram rejeitados, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Embargos de declaração. Alegação de omissões e contradições no acórdão. Vícios não configurados. Sugestão descabida de que o acórdão está avalizando um "golpe estruturado", inviabiliza uma sociedade empresária, ignora documentos e arrisca "prevaricação". Voto condutor do acórdão, não unânime, explícito no enfrentamento de todas as questões e claro na fundamentação sobre simulação, ininvocável por aqueles que dela participaram. Violação à coisa julgada também inexistente, se há julgado de outra Câmara que desconstituiu uma das cédulas de crédito bancário ao exame de embargos do devedor. Prevenção da Câmara para ação declaratória, sobre a higidez formal das cédulas, em virtude de agravo de instrumento precedente. Equidistância no exame da prova documental. Prova testemunhal prescindível. Cédulas regidas pela Lei n. 10.931/04 e transmitidas por endosso, com direito dos endossatários a todos os encargos pactuados. Embargos de declaração rejeitados. (e-STJ, fl. 5.101)

Contra este acórdão foi interposto o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da CF, sob a alegação de que foram violados os seguintes dispositivos legais (1) arts. 103 e 106 do CPC/73, diante da prevenção da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo para julgar todas as demandas que tratem do mesmo contrato firmado com o *Banco Santos* e das mesmas cédulas de crédito bancário, devendo ser anulados todos os atos decisórios praticados desde a interposição da apelação; (2) art. 535 do CPC/73, porque não foram sanadas as contradições e omissões apontadas nos aclaratórios; (3) arts. 330, 331, § 2º e 332 do CPC/73, uma

vez que houve cerceamento de defesa pela negativa de produção de prova oral e pericial que foi requerida; (4) arts. 267, V e 467 do CPC/73, por ofensa a coisa julgada, uma vez que a cédula de crédito bancário transmitida à *Prefix* foi desconstituída pela 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, devendo ser dada a mesma solução a todas as demais cédulas porque todas elas derivam da mesma relação jurídica e, além disso, foi reconhecida a existência de grupo econômico formado pelos requeridos *Banco Santos*, *Prefix* e *Santos Credit*; (5) arts. 138, 139, I, 145, 147 e 148 do CC/02 em razão do induzimento em erro mediante omissão dolosa de informação sobre a situação patrimonial do *Banco Santos*, acarretando vício de consentimento; (6) arts. 167 e 168 do CC/02, uma vez que o negócio entabulado pelas partes está eivado do vício da simulação, devendo ser reconhecida a nulidade do contrato e das cédulas de crédito bancário; (7) art. 586 do CC, diante da inexistência do mútuo por falta da entrega do dinheiro, elemento essencial do contrato; (8) arts. 566, I e 618, I, do CPC/73 e do art. 7º da Lei Complementar n. 95/98, em virtude da nulidade da execução fundada em cédula de crédito bancário; (9) art. 916 do CC/02, em razão da possibilidade de opor ao *Santos Credit* as exceções pessoais que deduziram; (10) art. 884 do CC/02, porque o não acolhimento do pedido subsidiário formulado na inicial para que fosse reconhecido o direito de entregar a debênture da *Sanvest* aos cessionários das cédulas de crédito resulta no enriquecimento sem causa do *Santos Credit*; (11) arts. 3º, 6º, III e IV e 39, I, do CPC, diante da aplicabilidade do diploma consumerista ao caso; (12) arts. 1º e 15 do Decreto n. 22.626/33, 395 do CC/02, 219 do CPC/73 e 52, § 1º, do CDC, devendo ser reconhecido o excesso de execução; e, (13) art. 20, § 4º do CPC/73, diante da fixação de valor excessivo a título de honorários advocatícios.

A *Sanvest Participações* não apresentou contrarrazões (e-STJ fl. 5.465).

Os recorridos *Banco Santos*, *Santos Credit Yield* e *Prefix* apresentaram contrarrazões ao recurso especial (e-STJ, fls. 5.238-5.298, 5.338 e fls. 5.365 e 5.388-5.421, respectivamente).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou seguimento ao recurso especial da AVG e outros, o que motivou a interposição de agravo em recurso especial que foram distribuídos ao Exmo. Sr. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva* aos 24/8/2014 (e-STJ, fl. 5.790).

Aos 10/11/2014, S. Exa. deu provimento ao agravo e determinou a sua reatuação como recurso especial (e-STJ, fls. 5.791/5.792).

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pelo desprovimento do especial aos 5/9/2015 (e-STJ, fls. 5.814/5.839).

Às fls. e-STJ n. 5.940/5.941, o Exmo. Sr. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, Relator, assim despachou aos 18/4/2018:

Cuida-se de recurso especial interposto por *AVG Siderurgia Ltda.* e *Outros* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Estado de São Paulo que, por maioria de votos dos integrantes de sua Décima Segunda Câmara Cível, manteve hígida sentença una por meio da qual o juízo de primeiro grau julgou improcedentes, a um só tempo, as ações declaratória (n. 000.05.056163-6) e cautelar (n. 000.05.039182-8) propostas pelos recorrentes em desfavor da *Massa Falida do Banco Santos S.A.* bem como os embargos de devedor por eles opostos à execução de título executivo extrajudicial promovida por *Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro*.

Às fls. 640 (e-STJ) consta cópia de decisão da lavra da Ministra Nancy Andrighi, na condição de relatora, negando provimento a agravo de instrumento (art. 544 do CPC/2015 - AG n. 950.793/SP) interposto pelos próprios ora recorrentes - *AVG Siderúrgica Ltda.* e *Outros* - contra decisão denegatória do seguimento de recurso especial por eles intentado nos autos da referida ação cautelar (n. 000.05.039182-8).

Diante desse cenário e tendo em vista o que dispõe o art. 71 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, consulte-se a e. Ministra Nancy Andrighi acerca da existência, no caso, de eventual prevenção resultante do julgamento do AG n. 950.793/SP.

Por seu turno, a Exma. Sra. Ministra *Nancy Andrighi* despachou desta forma às fls. e-STJ, n. 5.943/5.944:

Consulta-me o Exmo. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva acerca da eventual prevenção para o presente processo (fls. 5.940/5.941, e-STJ).

Tendo em vista, contudo, que o AG 950.793/SP foi julgado anteriormente à minha posse no CNJ, ocasião na qual fui sucedida pelo Exmo. Min. Moura Ribeiro, não aceito a consultada prevenção.

Assim, consulto Sua Excelência, o i. Min. Moura Ribeiro, acerca de eventual prevenção, nos termos do art. 71 do RISTJ.

Considerando que estes autos, ainda como *Agravo em Recurso Especial* n. 561.297, foram distribuídos ao Ministro *Villas Bôas Cueva* aos 20/8/2014 (e-STJ, fl. 5.790) - quando este signatário ainda não integrava a Terceira Turma

do Superior Tribunal de Justiça, o que somente veio a ocorrer aos 2/9/2014 - e que S. Exa. proferiu decisão aos 10/11/2014, provendo o agravo e determinando sua reatuação como recurso especial, foi determinada a manifestação da Secretaria Judiciária acerca da prevenção para o processamento e julgamento deste recurso especial.

Aos autos veio, então, manifestação firmada pelo Secretário Judiciário do Superior Tribunal de Justiça, de seguinte teor:

Exmo. Sr. Ministro Moura Ribeiro,

Em cumprimento ao determinado no r. despacho de fls. 5.946/5947, peço vênua para informar o que segue:

1. Que os presentes autos são conexos aos do AG 950.793/SP (2007/0211674-5), distribuído automaticamente em 26/10/2007 à Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi no âmbito da Terceira Turma e baixado ao Tribunal de origem em 31.03.2008;

2. Que houve equívoco na distribuição livre do presente feito em 20.08.2014 ao Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (fl. 5790), eis que deveria ter sido distribuído por prevenção de processo, em atendimento ao Art. 71, 'caput' do RISTJ, pois, conforme se extrai das informações lançadas no Sistema Integrado de Atividade Judiciária - SIAJ, a Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi deixou de compor a Terceira Turma para assumir o cargo de Corregedora Nacional de Justiça somente em 26.08.2014, portanto em data posterior à aludida distribuição.

Baseado nessas informações, é de se concluir pela indevida não observância da prevenção da Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi e, por conseguinte, que o presente feito deveria integrar o acervo atribuído da referida Ministra a Vossa Excelência a partir de 2.09.2014.

É o que se submete à elevada consideração de Vossa Excelência.

Brasília, 02 de maio de 2018.

Rubens Cesar Gonçalves Rios, Secretário Judiciário

(e-STJ, fl. 5.949 - sem destaque no original).

Nessas condições, aceitei a prevenção e determinei a redistribuição do feito (e-STJ, fls. 5.951/5.953).

AVG e outros apresentaram petição protocolada sob o n. 0010799, pleiteando o deferimento de efeito suspensivo ao recurso especial, em face de inadequado bloqueio das contas bancárias dos executados (e-STJ, fls. 5.867/5.938).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 6.005/6.012), o que ensejou a interposição de agravo interno por AVG e outros (e-STJ, fls. 6.022/6.030).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): De plano, vale pontuar que o presente recurso foi interposto com fundamento no CPC/73, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com a interpretação dada pelo Enunciado n. 2, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme constou do relatório, AVG e outros firmaram contrato de mútuo com o *Banco Santos* no valor total de R\$ 5.000,00 (cinco milhões de reais), representado por cinco cédulas de crédito bancário no valor de 1.000.000,00 (um milhão de reais) cada. Segundo eles, como condição para obter o empréstimo o *Banco Santos* exigiu a aquisição simultânea de uma debênture emitida por uma empresa dele coligada, a *Sanvest Participações*, pelo valor de R\$ 4.935.000,00 (quatro milhões novecentos e trinta e cinco mil reais), para que, na data do vencimento do mútuo recebesse ele, banco, a debênture em pagamento de parte do mútuo.

Ocorre que, instado a receber a debênture como forma de pagamento do empréstimo, o *Banco Santos* teria se recusado ao pagamento.

Daí o manejo da ação por AVG e outros pretendendo a ineficácia dos negócios jurídicos celebrados ou, subsidiariamente, a condenação do *Banco Santos* a receber a debênture como forma de pagamento.

Antes do ajuizamento da ação desconstitutiva, AVG e outros promoveram ação cautelar para sustar os efeitos das cédulas de crédito bancário.

Por seu turno, *Santos Credit Yield* ajuizou execução fundada em quatro cédulas de crédito bancário.

As ações foram julgadas em conjunto, entendendo a sentença pela improcedência da ação principal, da cautelar e dos embargos à execução.

A sentença foi mantida pelo Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso de apelação da AVG e outros. Seguiu-se a oposição de embargos de declaração que foram rejeitados.

É contra essa decisão que se volta o presente recurso especial, que merece ser acolhido em parte para se reconhecer o vício da simulação relativa.

(1) Da prevenção da 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP (arts. 103 e 106 do CPC/73)

AVG e outros sustentam a violação dos arts. 103 e 106 do CPC/73 diante da prevenção da 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP para julgar todas as demandas que tratem do mesmo contrato firmado com o *Banco Santos* e das mesmas cédulas de crédito bancário.

Segundo eles, a prevenção decorre do julgamento do Agravo de Instrumento n. 7.034.706-9 pela 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP, aos 14/12/2005, extinguindo a execução ajuizada pela *Profix Fundo de Investimento Multimercado* relativa a cédula de crédito bancário n. 148651-001, motivo pelo qual teria se tornado preventa para o julgamento desta demanda, uma vez que aquela cédula decorreu do mesmo negócio jurídico discutido nestes autos.

Para a análise da alegada prevenção por conexão, anote-se que foram julgadas em conjunto pela 12ª Câmara de Direito Privado do TJSP as seguintes ações, que originaram o presente recurso especial:

(a) Ação de execução das cédulas de crédito n. 148695-002, 148695-003, 148695-004 e 148695-005, ajuizada por *Santos Credit Yield*;

(b) Medida cautelar manejada por AVG e outros, objetivando a suspensão da eficácia executiva daquelas quatro cédulas de crédito (148695-002, 148695-003, 148695-004 e 148695-005);

(c) Embargos do devedor opostos por AVG e outros, manejados em razão das mesmas quatro cédulas; e,

(d) Ação ajuizada por AVG e outros, objetivando a desconstituição do negócio jurídico que deu causa às cinco cédulas de crédito, com a consequente ineficácia de todos os títulos (148695-001, 148695-002, 148695-003, 148695-004 e 148695-005).

O Tribunal de origem não acolheu a prevenção sob o fundamento de que a *Profix*, endossatária da cédula de crédito bancário n. 148695-001, não integrava a relação processual submetida a julgamento:

A prevenção estaria estabelecida diante do julgamento, relatado pelo Des. Paulo Roberto de Santana, do recurso de agravo de instrumento n. 7.034.706-9, cujo V. Acórdão está reproduzido a fls. 4.038/4.048.

A pretensão dos apelantes compreende cinco cédulas de crédito de n. 148695-001 a 148695-005, as quais, exceto a primeira, foram transmitidas por endosso em preto à também apelada e exequente Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro. A cédula excetuada foi transmitida à também apelada *Profix* Fundo de Investimento Multi Mercado e, nos autos da ação de execução promovida por esta, deu margem ao recurso de agravo de instrumento julgado pela C. 23ª Câmara em dezembro de 2005.

Impõe ponderar que ao tempo daquele julgamento a endossatária Profix sequer integrava a relação processual no feito ora em reexame.

Com a decisão exarada pelo juízo de primeiro grau em 14 de junho de 2006 (fls. 251), é que a indigitada endossatária foi considerada litisconsorte necessária, cuja citação se deu em fevereiro de 2007.

Portanto, o julgamento da C. 23ª Câmara não estabeleceu prevenção para a causa na qual a endossatária ainda não era parte.

A prevenção desta 12ª Câmara para a causa precedeu e se estabeleceu ao ser julgado por acórdão de 19 de outubro de 2005 o recurso de agravo de instrumento n. 7.015.154-3 - tendo como relator designado o relator sorteado para o presente recurso de apelação -, interposto diante de decisão que deferiu liminar a favor dos apelantes nos autos de medida cautelar preparatória da ação e julgada pela mesma r. sentença recorrida (v. fls. 216/221 dos autos da cautelar em apenso).

Nos termos do art. 102 do Regimento Interno deste Tribunal, a competência ficou definida pela prevenção. (e-STJ, fls. 5.020/5.022)

Sem adentrar na possibilidade da existência de feitos conexos porque as ações teriam origem no mesmo negócio jurídico, a alegação de AVG e outros é histórica e estéril.

A prevenção por conexão tem por finalidade evitar o proferimento de decisões conflitantes, donde resulta que ***a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado*** (*Súmula n. 235, do STJ*).

Na hipótese dos autos não há que se cogitar da reunião dos feitos uma vez que o Agravo de Instrumento n. 7.034.706-9, julgado pela 23ª Câmara aos

14/12/2005, transitou em julgado no STJ aos 28/5/2009 (e-STJ fl. 3.965) e no STF aos 6/2/2009 (e-STJ fl. 3.956). Por sua vez, o julgamento da apelação que originou o presente recurso especial ocorreu muito tempo depois, aos 21/3/2012, fulminando qualquer possibilidade de reunião de processos.

(2) *Da omissão e contradição do julgado (art. 535 do CPC/73)*

AVG e outros alegaram omissão do acórdão *a quo* quanto ao fato de que os mesmos advogados que atuaram em favor da *Massa Falida do Banco Santos* no presente feito foram contratados em maio de 2004 pelo prazo de 5 anos pelos ex-diretores da entidade falida *para promover a 'blindagem jurídica' dos Administradores do Banco e demais empresas do Grupo Financeiro Banco Santos no período de 5 (cinco) anos.*

O Tribunal de origem, ao rejeitar os embargos de declaração apresentados por AVG e outros reconheceu a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do CPC/73, quais sejam, omissão, contradição ou obscuridade, destacando que a pretensão recursal ostentava caráter nitidamente infringente, visando rediscutir matéria já analisada pela Corte local.

Ademais, a jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, *se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte* (AgRg no AREsp 529.018/MS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, DJe 1º/9/2014).

Nesse contexto, o julgado apreciou de maneira suficiente e fundamentada as questões que lhe foram deduzidas, apenas solucionando-a de forma diversa da almejada por AVG e outros.

Portanto, omissão no julgado não há, pois entendimento contrário ao interesse da parte e omissão são conceitos que não se confundem.

Alegaram ainda que o acórdão foi contraditório porque reconheceu a simulação, porém, deixou de declarar a nulidade do negócio, como manda o art. 167 do CC/02.

Como adiante se verá não se trata de contradição. Ocorreu, isto sim, negativa de vigência ao art. 167 do CC/02 porque a simulação pode ser alegada por uma das partes contra a outra, de acordo com o novo diploma civilista.

(3) *Do cerceamento de defesa (arts. 330, 331, § 2º e 332 do CPC/73)*

AVG e outros se insurgiram contra a ocorrência de cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado da lide, sem a fixação dos pontos controvertidos, após o indeferimento de prova testemunhal e pericial que demonstrariam o vício no consentimento em relação ao negócio jurídico e a ilegalidade nos cálculos apresentados na execução.

Contudo, o deferimento ou não de produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, decidir, motivadamente, sobre as diligências que julgar necessárias ou não ao deslinde da questão.

No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu pela desnecessidade da produção de provas:

Não procede a arguição de nulidade do julgamento de primeiro grau devido ao suposto cerceamento de provas.

Afinal, não é todo o indeferimento de prova ou diligência que constitui cerceamento de defesa. Isso porque o direito processual não se apresenta como um “non sense”, já que cabe ao juiz a direção do processo, e, conseqüentemente, das provas e diligências, necessárias. Ao juiz, inclusive, são outorgados poderes, sempre na tarefa de buscar a verdade real.

[...]

“In casu”, o relevante é que a pretensão dos autores se assenta em teses e não exatamente em fatos que, uma vez provados, conduziriam a um resultado que não fosse o de improcedência da pretensão declaratória de ineficácia das cédulas de crédito bancário e da debênture de emissão de Sanvest Participações.

A dilação probatória, então, seria inútil, e só seria imprescindível se pudesse influenciar na controvérsia de direito material. Contanto que o Estado-Juiz fundamente a sua convicção, na conformidade da “causa petendi”, arrostando cada tese, o julgamento será hígido e completo, sendo de somenos se prolatado antecipadamente ou depois de longa instrução.

[...]

Assim, ao Estado-Juiz incumbe fundamentar o convencimento e disso tratou o juízo de primeiro grau no corpo da r. sentença, ao asseverar que as pessoas envolvidas no negócio jurídico de emissão de cédulas de crédito bancário e debênture sabiam o que realizavam e estavam cientes dos riscos, que corriam, de vez que: “Um empresário não adquire debêntures de quase cinco milhões sem que avalie adequada e eficientemente os riscos de tal operação, analisando a situação atual e as perspectivas futuras da sociedade emissora...”

É o suficiente. (e-STJ, fls. 5.022/5.025)

Conforme se nota, rever a conclusão do Tribunal de origem sobre a suficiência das provas carreadas aos autos e a adequação do julgamento antecipado da lide exigiria inevitável revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se admite em recurso especial, à luz da Súmula n. 7 do STJ.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes:

Agravo interno no recurso especial. Ação de indenização por danos materiais. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Ação conexa. Ausência de obrigatoriedade de julgamento conjunto. Danos materiais. Responsabilidade da CEF afastada. Súmula 7 do STJ.

1. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o juízo embasa sua convicção em prova suficiente para fundamentar as deduções expostas na sentença.

2. A avaliação tanto da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC), quanto da necessidade de produção de outras provas demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios dos autos, inviável, portanto, em recurso especial (Súmula n. 7/STJ)" (AgRg no REsp 1.449.368/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 27/08/2014).

3. A jurisprudência desta Corte tem entendido que o magistrado, a seu critério e diante de cada caso concreto, verificará a utilidade do julgamento simultâneo, com vistas a evitar decisões conflitantes e privilegiar a economia processual. Precedentes.

4. O acórdão recorrido, à luz dos elementos fático-probatórios constantes nos autos, afastou a responsabilidade da CEF pelos supostos danos materiais sofridos pela empresa recorrente, decorrentes de saque indevido realizado em sua conta por sócio-diretor. O acolhimento da pretensão recursal demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.681.350/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 27/2/2018)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de indenização fundada em inadimplemento contratual que ocasionou o encerramento das atividades da parte autora. Decisão que indeferiu o pedido de produção de provas oral e pericial e declarou encerrada a instrução processual. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Decisão mantida. Recurso desprovido.

1. O magistrado tem discricionariedade para indeferir diligências protelatórias ou desnecessárias, desde que apresente os motivos do seu convencimento, não caracterizando, com isso, cerceamento de defesa.

2. O Tribunal de origem confirmou ser desnecessária a dilação probatória do feito, por compreender que a dispensabilidade da prova técnica já tinha sido objeto de julgamento em recurso anterior e os elementos probatórios constantes dos autos eram suficientes à solução da controvérsia.

3. Quanto ao alegado cerceamento de defesa, para se chegar à conclusão de que a prova cuja produção foi requerida pela parte seria ou não indispensável à solução da controvérsia, seria necessário se proceder ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via estreita do recurso especial, a teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 786.800/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, DJe 21/5/2018)

(4) Da ofensa a coisa julgada (arts. 267, V e 467 do CPC/73)

AVG e outros sustentaram que o acórdão *a quo* ofendeu a coisa julgada uma vez que a cédula de crédito bancário transmitida à *Prefix* foi desconstituída pela 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, devendo ser dada a mesma solução a todas as demais cédulas porque todas elas derivam da mesma relação jurídica e, além disso, foi reconhecida a existência de grupo econômico formado pelos requeridos *Banco Santos, Prefix e Santos Credit*.

Não se verificou a alegada ofensa a coisa julgada.

A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que para a configuração da coisa julgada deve haver tríplice identidade entre as ações, ou seja, partes, causa de pedir e pedido devem ser os mesmos. Veja-se:

Recurso especial. Direito de Família. Socioafetividade. Art. 1.593 do Código Civil. Paternidade. Multiparentalidade. Possibilidade. Súmula n. 7/STJ. Indignidade. Ação autônoma. Arts. 1.814 e 1.816 do Código Civil de 2002.

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 eficácia preclusiva da coisa julgada exige a tríplice identidade, a saber: mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, o que não é o caso dos autos.

3. Na hipótese, a primeira demanda não foi proposta pelo filho, mas por sua genitora, que buscava justamente anular o registro de filiação na ação declaratória que não debateu a socioafetividade buscada na presente demanda.

4. Não há falar em ilegitimidade das partes no caso dos autos, visto que o apontado erro material de grafia foi objeto de retificação.

5. À luz do art. 1.593 do Código Civil, as instâncias de origem assentaram a posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo dessa condição, além do preenchimento dos requisitos de afeto, carinho e amor, essenciais à configuração da relação socioafetiva de paternidade ao longo da vida, elementos insindicáveis nesta instância especial ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

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

7. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos.

8. Aquele que atenta contra os princípios basilares de justiça e da moral, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, fica impedido de receber determinado acervo patrimonial por herança.

9. A indignidade deve ser objeto de ação autônoma e seus efeitos se restringem aos aspectos pessoais, não atingindo os descendentes do herdeiro excluído (arts. 1.814 e 1.816 do Código Civil de 2002).

10. Recurso especial não provido.

(REsp 1.704.972/CE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 9/10/2018, DJe 15/10/2018 – sem destaque no original)

Agravo interno no recurso especial. Ação de cobrança de indenização securitária. Acidente automobilístico. Seguro DPVAT. 1. Alegação de ofensa à coisa julgada. Não ocorrência. 2. Agravo interno improvido.

1. *A ofensa à coisa julgada pressupõe a tríplce identidade entre ações, ou seja, duas demandas envolvendo as mesmas partes, causa de pedir e pedidos, o que não ocorre no caso dos autos.*

2. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1.564.895/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 16/2/2017, DJe 1/3/2017 – sem destaque no original)

O Tribunal de origem esclareceu que a cédula 148659-001 *não* foi objeto da *execução* que originou o presente recurso especial. Confira-se:

No que diz respeito à violação à coisa julgada, consolidada sobre a cédula de crédito bancário 148695-001 (final 001 indigitada pelos embargantes),

cumpra lembrar que essa cédula, transmitida à também recorrida Profix Fundo de Investimento Multi Mercado, é objeto da pretensão declaratória, mas não é objeto da ação de execução de título extrajudicial intentada por Santos Credit Yield Fundo de Investimento Financeiro, com respectivos embargos do devedor julgados simultaneamente pela r. sentença.

De tal sorte, se em embargos do devedor julgados por outra sentença, reexaminada pela C. 23ª Câmara deste Tribunal de Justiça, a referida cédula transmitida a Profix foi desconstituída e há trânsito em julgado, incorre violação à coisa julgada se o acórdão embargado confirmou r. sentença que, adstrita à declaração de ineficácia das cédulas de crédito e debênture de emissão de Sanvest Participações, reconheceu formalmente hígidas as cédulas, entre elas aquela desconstituída pela via adequada, tal seja, os embargos do devedor opostos a ação de execução própria. A declaração de hígidez formal das cédulas não colide com a desconstituição em embargos do devedor. (e-STJ, fl. 5.106)

No Agravo de Instrumento n. 7.034.706-9, julgado pela 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP, foi mantida a decisão que julgou nula a execução porque fundada em cédula de crédito bancário que não ostentava a condição de título executivo extrajudicial, adotando-se a tese de que o título foi instituído de forma viciada pela Lei n. 10.931/04 (e-STJ, fl. 3.910)

Ao contrário do sustentado pelos recorrentes, violar a coisa julgada seria conceder à cédula 148659-001 força executiva extrajudicial, o que não ocorreu nestes autos, até porque, como asseverado pelo Tribunal *a quo*, a execução julgada neste feito refere-se as outras quatro cédulas de crédito (148695-002, 148695-003, 148695-004 e 148695-005), e não àquela desconstituída.

Assim, a cédula de crédito bancário declarada inexigível por decisão com trânsito em julgado não foi objeto da execução que originou o presente recurso especial.

(5) *Do vício de consentimento por erro e dolo (arts. 138, 139, I, 145, 147 e 148 do CC/02)*

AVG e outros arguíram que foram induzidos a erro mediante omissão dolosa de informação sobre a situação patrimonial do *Banco Santos*, acarretando vício de consentimento e, via de consequência, a anulação do negócio jurídico.

Não é de erro que se trata, tampouco de dolo.

AVG e outros firmaram empréstimo no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) e adquiriram com grande parte da quantia devida a debênture

emitida pela *Sanvest Participações* no valor de R\$ 4.935.000,00 (quatro milhões, novecentos e trinta e cinco mil reais).

Parece muito claro que os negócios assim realizados não pretenderam estimular em momento algum o desenvolvimento das atividades empresarias da AVG e outros, e sim camuflar a prática de negócio diverso, dissimulado por parte da instituição financeira e com a participação daquelas.

Essa foi a conclusão do Tribunal de origem, embora as consequências jurídicas sejam diversas do que ficou decidido nas instâncias ordinárias, como adiante se verá.

Confira-se o trecho do acórdão a respeito da simulação:

*Não é de erro que se cuida; não é de vício de consentimento; não é de coação; não é de omissão dolosa. É de **simulação**; é de negócio triangular de alto risco; é de assunção deliberada de inexecução de obrigações recíprocas. (e-STJ, fls. 5.026/5.027)*

(6) Da simulação (arts. 167 e 168 do CC/02)

De acordo com o quadro fático delineado nas instâncias ordinárias, AVG e outros firmaram contrato de mútuo com o *Banco Santos*, no valor total de R\$ 5.000,00 (cinco milhões de reais), representado por cinco cédulas de crédito bancário no valor de 1.000.000,00 (um milhão de reais) cada. Referidas cédulas foram emitidas aos 13/9/2004, com vencimento aos 6/4/2005.

A emissão da debênture por uma empresa coligada com a instituição financeira, a *Sanvest Participações*, ocorreu no dia 14/9/2004, ou seja, *um dia após* a contratação do mútuo, pelo valor de R\$ 4.935.000,00 (quatro milhões novecentos e trinta e cinco mil reais).

O negócio celebrado pelas partes, consistente na celebração de contrato de mútuo com necessidade de investimento da quantia assim obtida em debênture de sociedade coligada constituiu uma manobra reiteradamente adotada pela instituição financeira.

O Tribunal de origem bem destacou o *modus operandi* das transações ilícitas, com fundamento no relatório da Comissão de Inquérito do Banco Central:

[...] consoante conclusão da Comissão de Inquérito do Banco Central do Brasil, a fls. 2.844 e 2.924, apurou-se que os administradores do Banco Santos, pelo menos desde 1998, passaram a exigir de seus clientes “reciprocidades “

- internamente designadas operações “M” - para a concessão de créditos em quaisquer modalidades. A título de “reciprocidade”, grande parte dos ativos creditados, tecnicamente entregues aos clientes, era destinada a empresas ligadas, formal ou informalmente, aos administradores do creditor por meio de aplicações dos creditados em papéis daquelas empresas. **Essas empresas, Sanvest, Santospar, Ajusta, Procid, Procid Invest e Invest Santos, em operações que só foram claramente conhecidas com a intervenção no Banco Santos, receberam vultosas somas por meio desses expedientes de “reciprocidade”.**

Assim é que: “A maior parte dos papéis vendidos para os clientes não tem lastro em operações reais e dependia de periódicas captações de novos clientes para a rolagem de valores. Após a quebra do Banco, esgotaram as fontes de novos recursos para ‘rolar’ as operações, e, certamente, os papéis emitidos dificilmente serão honrados. Os clientes do Banco Santos que aplicaram em tais papéis dificilmente receberão os resgates de suas aplicações e por isso, na maioria dos casos, dificilmente terão condições de pagar os empréstimos que fizeram junto ao Banco Santos” (“sic”).

Essa conclusão da Comissão soa como vaticínio.

As coisas chegaram ao que chegaram só porque o Banco Santos esgotou as fontes de captação e sofreu intervenção, seguida da inevitável quebra.

“Tudo caminharia bem, não fosse a instauração da liquidação extrajudicial do banco credor pelo Banco Central do Brasil, antes do vencimento das cédulas, mais o fato de que a debênture tem vencimento marcado para 14 de setembro de 2010” (cf. motivação do acórdão que julgou o agravo de instrumento que estabeleceu a prevenção da 12ª Câmara, reproduzido na medida cautelar em apenso). (e-STJ, fls. 5.028/5.030)

O inquérito da autoridade reguladora deixou claro que as operações estavam escoradas em empréstimos que não precisariam ser pagos (e de fato AVG e outros sempre afirmaram que nada receberam), e supostamente voltadas à aquisição de uma debênture da qual AVG e outros nada receberiam. Ao que tudo indica, as operações visavam o repasse dissimulado de recursos do *Banco Santos* para a sua coligada *Sanvest Participações*.

Evidente no caso que o negócio entabulado entre as partes se deu com uma aparência contrária à realidade, *uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado*, no conceito adotado por MARIA HELENA DINIZ (**Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva. 18ª edição, 2002, vol. 1, p. 403) e SILVIO RODRIGUES (**Direito Civil - Parte Geral**. São Paulo: Ed. Saraiva. 32ª edição, 2002, vol. 1, p. 294).

A simulação levada a efeito pelas partes se enquadra na hipótese prevista no art. 167, § 1º, I, do CC/02:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

Ocorreu, assim, um negócio jurídico simulado entre a AVG e outros e o Banco Santos.

Conforme anteriormente mencionado, o Tribunal de origem ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos concluiu que as operações eram simuladas:

É impensável que uma sociedade empresária tome crédito de tal magnitude, através de cédulas de crédito emitidas no dia 03 de setembro de 2004 e vencimento previsto para 06 de abril de 2005, e se paciente em investir “in continenti” R\$ 4.935.000,00 em debênture com vencimento aprazado para 14 de setembro de 2010.

Em resumo, a sociedade empresária, em tese, teria ficado com a disponibilidade de insignificantes R\$ 65.000,00, numa operação dessa grandeza, a se vencer meses depois, apesar de ter feito investimento, resgatável após seis anos, da quase totalidade dos R\$ 5.000.000,00 creditados pelo Banco Santos S/A.

*Não é de erro que se cuida; não é de vício de consentimento; não é de coação; não é de omissão dolosa. É de **simulação**; é de negócio triangular de alto risco; é de assunção deliberada de inexecução de obrigações recíprocas. (e-STJ, fls. 5.026/5.027 – sem destaque no original)*

No entanto, a Corte *a quo* decidiu que AVG e outros não poderiam invocar a própria torpeza:

Os interessados envolvidos engendraram um simulacro e a nenhum socorre invocar a própria torpeza.

[...]

Aos apelantes não resta senão a alternativa - pouco factível - de pagar as cédulas de crédito, às endossatárias, e se voltar contra a emitente da debênture, caso contrário estarão se abroquelando na própria torpeza (“nemo auditor propriam turpitudinem allegans”). (e-STJ, fls. 5.027/5.028)

O entendimento adotado está em descompasso com as normas do CC/02, aplicável à hipótese dos autos.

Com efeito, o CC/02 abandonou a regra anterior, prevista no art. 104 do CC/16, que impossibilitava as partes de arguirem a própria simulação (*Tendo*

havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros).

O CC/02 alçou a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico. Assim, os simuladores podem alegar o vício um contra o outro e, como regra de ordem pública que é, pode ser declarado de ofício pelo juiz.

Essa foi a conclusão firmada no Enunciado n. 294 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: ***sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra.***

No mesmo sentido caminha a doutrina a respeito da matéria:

Não havendo a restrição do art. 104 do Código antigo, mormente porque se trata de caso de nulidade, os simuladores podem alegar a simulação um contra o outro, ainda porque a nulidade pode ser declarada de ofício. [...]

Entender que o negócio simulado é nulo e não mais anulável é opção legislativa que segue, inclusive, a orientação do atual Código português e outras legislações. *Tal como está redigido o vigente texto, podem os simuladores arguir tal nulidade entre si, não podendo, contudo, fazê-lo contra terceiros de boa-fé.* (VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. São Paulo: Ed. Atlas. 5ª edição, 2005, pp. 568/569 - sem destaque no original)

[...] fica superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. A regra não mais prevalece, pois a simulação, em qualquer modalidade, passou a gerar a nulidade do negócio jurídico, sendo questão de ordem pública. (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 12ª edição, 2015, p. 419 - sem destaque no original)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também se firmou no sentido da abalizada doutrina:

Recurso especial. Civil e Processual Civil. *Alegação de vício de simulação pela própria parte sob alegação de ocorrência de ‘sócio presta-nome’.* Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção sem resolução de mérito. Questão meritória. Recurso provido.

1. Não constitui cerceamento de defesa o julgamento *ex officio* pelo Tribunal *a quo* que identificando a ausência de condições da ação, julga processo extinto sem julgamento de mérito. Esse proceder, por si só, não se revela violador do duplo grau de jurisdição, porquanto esse não é absoluto, razão pela qual o

Pretório Excelso já decidiu que em nosso ordenamento jurídico o princípio citado não ostenta garantia constitucional (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

2. *Todavia, a aferição da motivação do ato simulador consubstanciado na condição de sócio 'presta-nome', deve ser objeto de julgamento de mérito da ação declaratória, porquanto constitui juízo meritório, sendo perfeitamente possível o pedido, o que faste a ausência de condição de ação declarada pelo Tribunal a quo.*

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp 776.304/MG, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Quarta Turma, j. 5/11/2009, DJe 16/11/2009)

Direito Civil. *Simulação ilícita. Nulidade alegada pela parte. Possibilidade.*

No aparente contrato de parceria pecuária que serve para encobrir empréstimo de dinheiro, denominado "vaca papel", com juros usurários, como retratado na hipótese, é possível à parte que o celebrou (o comparsa do verdadeiro simulador) ter a iniciativa de arguir a sua anulação.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

(REsp 196.319/MS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 27/6/2000, DJ 4/9/2000, p. 158)

A consequência da simulação absoluta, quando o negócio visa aparentar realidade inexistente, é a nulidade do contrato, sendo portanto inexigível qualquer valor decorrente da operação.

No entanto, a simulação no caso é relativa, ou seja, é uma dissimulação, porque encoberta negócio diverso do querido pelas partes contratantes e, nessa parte, produz efeitos.

Foi ocultado o que era, foi escondido o negócio verdadeiro, que consistia no recebimento de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) em troca da participação no negócio simulado que viabilizaria o desvio de dinheiro do *Banco Santos*. Houve uma hipocrisia.

O negócio jurídico simulado subsistirá se o que se dissimulou for válido na sua substância e na sua forma (art. 167, 2ª parte, do CC/02).

Disso decorre que o negócio oculto, após o reconhecimento da dissimulação, passa a ser o único existente e eficaz.

A propósito, CLÓVIS BEVILÁQUA já ensinava que o negócio dissimulado permanecia válido, com fundamento nas lições de ESPÍNOLA,

apesar de não existir dispositivo correspondente ao art. 167, do CC/02 no CC/16. Veja-se:

Se a simulação é relativa, o ato simulado, feito inocentemente, não constitui defeito, que prejudique a validade do negócio dissimulado. Este é que é o negócio real, verdadeiro, efetivamente querido, fica de pé entre as partes, sem que, de qualquer modo, lhes faça massa a simulação. (**Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. São Paulo: Livraria Francisco Alves. 1959, vol. I, p. 284)

No mesmo sentido é a lição de CARVALHO SANTOS:

O que se tem em vista é o ato dissimulado; este é que não pode ser anulado, pelo fato de haver uma causa falsa indicada no ato simulado, devendo-se respeitar a vontade verdadeira do declarante, sem atender à declaração simulada. (...)

A ação de declaração de simulação é aquela que a parte intenta contra a outra, para o fim de obter a declaração da verdadeira situação do seu direito, ou o reconhecimento da aparência enganadora de que se reveste o contrato, independente de qualquer provocação ou de qualquer divergência entre ambas as partes. O que se visa com tal ação é assegurar um direito, que corre risco contra possíveis eventualidades. (Código Civil Brasileiro Interpretado. São Paulo: Livraria Freitas Bastos. 1953, vol. II, p. 390/391)

A doutrina moderna abraça a teoria dos clássicos:

Como já foi expresso, o art. 167 do CC/2002 reconhece a nulidade absoluta do negócio jurídico simulado, mas prevê que *subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma*. O dispositivo trata da *simulação relativa*, aquela em que, na aparência, há um negócio; e na essência outro.

Dessa maneira, percebe-se na simulação relativa dois negócios: um aparente (simulado) e um escondido (dissimulado). Eventualmente, esse negócio camuflado pode ser tido como válido, no caso de simulação relativa. Segundo o Enunciado n. 153 do CJF/STJ, também aprovado na III Jornada de Direito Civil, “na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízo a terceiros”. (TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 420 – sem destaque no original)

Portanto, a dissimulação da percepção de vantagem, que consiste na quantia de R\$ 65.000,000, correspondente a diferença entre o valor do empréstimo e o valor da debênture, não pode ser ineficaz em benefício do partícipe na simulação.

Nesse aspecto, poderá a massa falida buscar o recebimento de tal benefício por AVG e outros em processo adequado.

Por seu turno, o negócio nulo é consequentemente ineficaz, não se amolda com o plano da validade.

O endosso do título para *Profix* e *Santos Credit Yield* transmitiu o vício que o inquinava, inclusive a possibilidade de declarar nulo o negócio simulado.

No caso, não se cogita da vedação de opor exceções pessoais relativas ao emitente do título e ao endossante, mas, ao contrário, de vício na sua emissão, que o acompanha desde o nascedouro e não se convola com endossos sucessivos.

Sobre o tema, confira-se precedente desta Corte Superior:

Direito Comercial. Duplicata de prestação de serviços. Emissão irregular. Simulação. Inoponibilidade das exceções pessoais a endossatários de boa-fé. Não-aplicação. Vício formal intrínseco.

1. O que o ordenamento jurídico brasileiro veda - e isso desde o Decreto n. 2.044/1908, passando-se pelo Código Civil de 1916 e, finalmente, chegando-se à Lei Uniforme de Genebra - é a oposição de exceções de natureza pessoal a terceiros de boa-fé, vedação que não abarca os vícios de forma do título, extrínsecos ou intrínsecos, como a emissão de duplicata simulada, desvinculada de qualquer negócio jurídico e, ademais, sem aceite ou protesto a lhe suprir a falta.

2. Em relação à Duplicata - é até ocioso ressaltar -, a Lei n. 5.474/68 condiciona a sua emissão à realização de venda mercantil ou prestação de serviços, bem como a aceitação do sacado ou, na ausência, o protesto acompanhado de comprovante da realização do negócio subjacente, sem os quais estará configurado o vício de forma intrínseco, o qual poderá ser oposto pelo sacado a qualquer endossatário, ainda que de boa-fé.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp 774.304/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 5/10/2010, DJe 14/10/2010 - sem destaque no original)

Portanto, a exceção fundada em nulidade da obrigação pode ser oposta pelo devedor contra o endossatário, mantida a relação deste com o endossante.

Ademais, *Profix* e *Santos Credit Yield* nem sequer podem ser considerados terceiros, uma vez que todas as empresas pertencentes ao grupo econômico do *Banco Santos* estavam envolvidas nas fraudes, conforme constatou o relatório do Banco Central.

PONTES DE MIRANDA esclarece que não é necessário provar o dolo do primeiro endossatário que sabia do vício do título, até mesmo porque nesse caso ele não pode ser considerado terceiro:

[...]

Aí está a razão por que os endossos precisam, para serem inoperantes, que se prove o dolo, - *prova que não é necessária quando o endossatário, imediato ao tomador, conhecia a causa falsa ou ilícita, ou a ausência de causa do negócio jurídico.* (**Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2012, vol. XXXII, p. 458)

Embora trate da cessão de crédito, cabe conferir o voto esclarecedor do eminente Ministro *Cezar Peluso*, à época em que integrava o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

É doutrina universal dominante que, salvo cláusula expressa em contrário, não convencionada neste caso, *a cessão da posição contratual importa transferência automática ao cessionário, que por conseguinte as adquire, com as faculdades potestativas de anulação do negócio, por erro, dolo, coação, usura e incapacidade, que tenha atingido a pessoa do cedente no momento de celebração do contrato cedido, e, nos sistemas que conhecem esta modalidade de ineficácia, também dos poderes de rescisão* (cf. GARCIA-AMIGO, “La Cession de Contratos en ei Derecho Espanol”, Madrid, 1964, p. 286; PULEO, “Cessione dei Contratto”, Milão, 1939, p. 68; CLARIZIA, “La Cessione dei Contratto”, Nápoles, 1946, p. 72; ANDREOLI, “La Cessione dei Contratto”, Milão, 1950, pp. 46, 52 e 65; CARRESI, “La Cessione dei Contratto”, Milão, 1951, p. 84; SANTINI, “La Vendita per Filiere”, Pádua, 1951, p. 12; LEHMAN, “Beitràge zum Bùrgeliches Recht”, Berlim e Tùbigen, 1950, pp. 385-395; FRÙH, “Die Vertragsùbertragung im Schweizerischen Recht”, p. 63, nota 41; LAPP, “Essai sur la Cession de Contrat Synallagmatique à Titre Particulier”, Estrasburgo, 1951, p. 30; HANS CLAUDIUS FICKER, “Vertragsùbemahme un Droits Relatifs au Bien”, in “Archiv für die Civilistische Praxis”, 165, p. 38; apud MOTA PINTO, “Cessão de Contrato”, SP, Saraiva, 1985, p. 407, n. 71 e nota 42. Cf, ainda, p. 408, nota 45).

Até aqueles poucos que, exigindo cláusula expressa, negam a transferência mecânica, sob fundamento de que a cessão atinge apenas o momento funcional do negócio, não sua fase genética, concedem que os “*direitos potestativos de anulação não podem ser vistos, na verdade, como estritamente pessoais. A sua transferibilidade resulta da sua natureza de mecanismos aptos a produzir um resultado de mera dinâmica patrimonial: a extinção dos direitos criados pelo contrato e a criação de direitos à restauração integral, específica ou inespecífica, da situação modificada pela execução do contrato.* Nada, neste seu conteúdo, força a introduzir na sua natureza, ou melhor, na sua relação de pertinência com um dado sujeito, a característica da intransmissibilidade.

(TJSP, Apelação Cível n. 061.809-4/3-00, Rel. Des. Cezar Peluso, j. 16/3/1999)

E o Código atual acolheu este posicionamento, ao prever que *o devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente* (CC/02, art. 294).

Por seu turno, a pretensão da *Massa Falida do Banco Santos* de reaver o valor total das cédulas de crédito bancário falece de respaldo legal, pois o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo (CC/02, art. 169).

Nesse passo, eles não poderiam receber tal valor com fundamento em negócio jurídico nulo.

Quanto a inoponibilidade do negócio simulado frente a terceiros de boa-fé (art. 167, § 2º, do CC/02), certo é que a *Massa Falida do Banco Santos* também não se enquadra na hipótese legal.

A sentença declaratória de falência não tem efeito retroativo. Segundo PONTES DE MIRANDA *não há efeitos ex tunc da sentença de decretação da abertura de falência, salvo no que ela mesma, ou em parte dela, prolata depois, se estabelece como termo legal da falência* (**Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2012, vol. XXVIII, p. 328).

Assim a massa falida, composta em seu aspecto objetivo pelo acervo patrimonial outrora pertencente a sociedade falida, apenas sucede essa última nas relações jurídicas por ela mantidas, não sendo possível considerá-la terceira em relação a negócios celebrados pela sociedade cuja quebra foi decretada.

Portanto, apesar de não ser possível confundir a instituição bancária com a massa falida que atualmente a representa, claro está que tudo não passou de uma trama, com pleno concurso do *Banco Santos* e de empresas a ele ligadas, o autor intelectual da lambança financeira.

O *Banco Santos* foi o único beneficiado com as operações simuladas que engendrou, contabilizando crédito inválido e assim, causando prejuízo aos seus credores.

Os negócios desta forma realizados impossibilitam a execução das cédulas de crédito bancário, pois *Banco Santos* e outros estavam a par da simulação das operações, que decorreu da atuação dele próprio e das empresas a ele ligadas.

E a presunção *hominis*, comum, ensina que quem pode evitar o prejuízo, não o aceita, conforme nos ensina a clássica doutrina de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

A presunção *hominis*, ou presunção comum, não resulta da lei, fundando-se, porém, na experiência da vida, que permite ao juiz formar a própria convicção. Por exemplo, não é de se presumir que alguém, podendo evitá-lo, aceite prejuízo (**Curso de Direito Civil - Parte Geral**. São Paulo: Ed. Saraiva. 33ª edição, 1995, vol. 1, p. 260).

Dessa forma, embora a massa falida seja um ente distinto da pessoa do falido, constituindo uma personagem autônoma, ela não ignorou a má-fé deste último, que maquiou negócio só aparente.

Em suma, uma vez verificado que as operações simuladas foram levadas a efeito pelo *Banco Santos* em conluio com os demais corréus, é o caso de acolher o inconformismo de AVG e outros para isentá-los de responsabilidade no que se refere ao valor total de face do título.

No entanto, eles são responsáveis pelo que se dissimulou, ou seja, aparentemente R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), nos termos do art. 167, segunda parte, do CC/02.

(7) Da alegação de ofensa aos arts. 586 do CC/02, 566, I e 618, I, do CPC/73, 7º da Lei Complementar n. 95/98, 916 e 884 do CC/02, 3º, 6º, III e IV e 39, I, do CPC/73, 1º e 15 do Decreto n. 22.626/33, 395 do CC/02, 219 do CPC/73, 52, § 1º, do CDC e 20, § 4º, do CPC/73

As demais alegações formuladas no recurso de ofensa a lei federal diante da (1) inexistência do mútuo por falta da entrega do dinheiro, elemento essencial do contrato; (2) nulidade da execução fundada em cédula de crédito bancário; (3) possibilidade de opor ao *Santos Credit Yield* as exceções pessoais que deduziram; (4) enriquecimento sem causa do *Santos Credit Yield*; (5) aplicabilidade do diploma consumerista ao caso; (6) excesso de execução; e, (7) valor dos honorários ficam prejudicadas em razão do acolhimento do recurso especial com fundamento na simulação.

Em suma, considerando que o TJSP reconheceu a higidez do negócio jurídico (contrato de mútuo, cédulas de crédito bancário e debênture), quando deveria qualificá-los como relativamente nulos pela dissimulação aqui pronunciada, o caso é de se declarar exigível apenas a quantia que beneficiou AVG e outros, conforme vier a ser apurado em processo adequado, já que não há certeza do quanto restou em favor daqueles.

Nestas condições, **dou provimento** ao recurso especial para determinar a ineficácia dos negócios jurídicos celebrados pelas partes (contrato de mútuo, cédulas de crédito bancário n. 148695-001, 148695-002, 148695-003, 148695-004 e 148695-005 e debênture), sendo eles inexigíveis contra AVG e outros, os emitentes dos títulos, e as credoras endossantes, preservada a relação endossante (*Banco Santos*) e endossatários (*Profix* e *Santos Credit Yield*). Em consequência, julgo extinta a execução das cédulas de crédito bancário n. 148695-002, 148695-003, 148695-004 e 148695-005, com fundamento no art. 618, I, do CPC/73.

Em razão do provimento do presente recurso, condeno *Banco Santos* e outros ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios que fixo em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para a ação desconstitutiva e cautelar e R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) para a execução, com base no art. 20, § 4º, do CPC/73. As custas e despesas processuais serão corrigidas monetariamente a partir de cada desembolso e os honorários a partir da publicação deste acórdão.

Por fim, *julgo prejudicado* o agravo interno interposto contra a decisão que indeferiu o pedido liminar (e-STJ, fls. 6.022/6.030).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.599.436-RJ (2015/0050598-9)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Unimed Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda

Advogados: Vicente Menezes Silva e outro(s) - RJ090207

Gisele Neves Camera e outro(s) - RJ099053

Henry Lyons - RJ092349

Jônatas Abreu da Silva - RJ204294

Soc. de Adv.: Rolim, Wainstok Advogados Associados

Recorrido: Marcelo Fontes do Nascimento Viana de Santa Ana

Advogados: João Tancredo - RJ061838

Ricardo Dezzani Coutinho e outro(s) - RJ126458

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Plano de saúde. 'Home care'. Alta gradativa. Redução do regime de 24h/dia para 3h/dia. Distinção entre internação domiciliar e assistência domiciliar. Considerações sobre o equilíbrio do contrato. Caso concreto. Laudo do médico assistente recomendando a manutenção do regime de 24 h/dia. Inversão do julgado. Óbice da Súmula 7/STJ.

1. Controvérsia acerca da alta gradativa (ou “desmame”) do serviço de “home care” oferecido pela operadora de plano de saúde, não obstante a ausência de previsão contratual.
2. Distinção entre internação domiciliar e assistência domiciliar, como modalidades do serviço de “home care”.
3. Caso concreto em que o acórdão recorrido encontra-se fundamentado, dentre outras provas, no laudo do médico assistente, recomendando a manutenção da assistência em regime de 24 horas diárias.
4. Inviabilidade de se contrastar o entendimento do Tribunal de origem, quanto a esse ponto, em virtude das limitações da cognição desta Corte Superior em matéria probatória. Óbice da Súmula 7/STJ.
5. Julgamento conjunto do recurso especial interposto nos autos da cautelar inominada (REsp 1.599.435/RJ).
6. *Recurso especial desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, após vista regimental do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 29.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Unimed Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda* em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Apelações cíveis. Ações cautelar e ordinária. Julgamento conjunto. Plano de saúde. Manutenção de assistência em domicílio. Relação de consumo. Subsunção à Lei 8.978/90. Lide que versa sobre o cumprimento de obrigação de prestação de saúde. *Home care*. Definição jurídica. Inteligência do art. 19 - I da Lei 8.080/90 e Regulamento n. 11/2006 - RDC ANVISA. Prova dos autos que demonstra que o quadro de saúde do apelante, paraplégico e com imobilidade reduzida no membro superior esquerdo que conduz à necessidade de suporte fisioterápico, terapia ocupacional e auxílio constante de enfermeiro por enfermeiro. Bexiga e intestino neurogênico. Esvaziamento vesical e retal, através do uso de sonda ou cateter que deve ser realizado por enfermeiro ante a delicadeza do procedimento e as consequências drásticas que o procedimento realizado por leigo pode acarretar ao já prejudicado autor. Prova pericial médica neste sentido. Laudo oficial que embasa a sentença que é contraditório. Juiz que não está adstrito ao laudo. Inteligência do art. 436 CPC. Precedentes. Impossibilidade do tratamento ser assumido pelo próprio autor, por familiares ou por cuidador leigo. Limitação contratual que impõe exagerada desvantagem ao consumidor. Inteligência do art. 51, IV, CDC. Violação do princípio da boa-fé e da função social do contrato. Precedentes do TJRJ Recursos a que dá parcial provimento. (fl. 925)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 963).

Em suas razões, alega a parte recorrente violação dos arts. 333, inciso II, 334, incisos I e II, 436 e 437 do Código de Processo Civil de 1973, sob os argumentos de equivocada valoração da prova técnica, uma vez que o perito do juízo afirmou a desnecessidade da prestação de assistência de enfermagem pelo período de 24 horas. Sustentou, também, que o Tribunal de origem se utilizou de informações médicas obtidas pela internet para fundamentar o acórdão.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 996/1.011.

O recurso especial foi inadmitido pelo Tribunal de origem, tendo havido interposição de agravo, que foi provido por esta *Turma* para se determinar a inclusão em pauta de julgamento.

Por meio do despacho de fl. 1.297, determinou-se a intimação da parte recorrente para informar o atual estágio de recuperação do paciente, tendo-se determinado vista sucessiva à parte recorrida.

A operadora de plano de saúde afirmou que seu assistido, ora recorrido, necessita apenas de “cuidados que toda pessoa com paraplegia necessita”, não possuindo indicação médica para atendimento domiciliar em regime de tempo integral (fl. 1.310).

Anexou laudo médico, datado de 29/08/2018, com a seguinte conclusão: “paciente classificado no Grupo 3 com pontuação 05 na tabela NEAD (tabela utilizada para classificação do paciente de atenção domiciliar), com indicação de atendimento domiciliar multiprofissional, com programa de atendimento de módulo pontual, com visita diária de técnico de enfermagem para realização de curativo, visita de enfermagem semanal, visita médica mensal e fisioterapia 3x na semana” (fl. 1.314).

Asseverou, nos autos da cautelar (REsp 1.599.435/RJ), que o assistido “leva a vida de um cidadão comum com limitações físicas, trabalha, faz shows e apresentações artísticas, é artista plástico, palestrante e político” (fl. 813).

Por sua vez, o assistido, ora recorrido, manifestou-se às fls. 774/804 dos autos da cautelar (REsp 1.599.435/RJ), pugnando pela manutenção do atendimento em regime de tempo integral.

Apresentou laudo médico (fls. 783 s.) que noticia internação pelo período de um ano durante o ano de 2017 para tratamento de osteomielite crônica (infecção no osso), bem como acidente vascular cerebral hemorrágico - AVC recente, tendo recebido alta com indicação de *home care* em regime integral, nos seguintes moldes (fl. 784):

1. Cama hospitalar com colchão pneumático;
2. Enfermagem 24h por dia;
3. Fisioterapia 3x na semana, por três meses, depois reavaliar;
4. Medicações: [...];
5. Material para curativo grande e complexo, incluído luvas e máscara, além de outros;
6. Sonda vesical de alívio e xilocaína gel.
7. Fonoaudiologia e neurologia regulares para reabilitação.

Na sessão de 09/10/2018, pedi vista regimental dos autos para analisar com mais cuidado as questões suscitadas da tribuna pelos advogados de ambas as partes.

Por meio da petição de fls. 1.381/1.411, o ora recorrido reiterou o conteúdo da petição fls. 774/804 dos autos da cautelar (REsp 1.599.435/RJ), afirmando que não lhe teria sido concedida a vista sucessiva prevista no despacho de fl. 1.297.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas. O recurso especial não merece ser provido.

A controvérsia diz respeito à alta gradativa (ou “desmame”) do serviço de “*home care*” (tratamento domiciliar) oferecido pela operadora de plano de saúde, ora recorrente, não obstante a ausência de previsão contratual expressa.

O ora recorrido, *Marcelo Fontes do Nascimento Viana de Santa Ana*, foi alvejado por criminosos em novembro de 2000, ao tentar impedir um assalto em via pública.

Os disparos de arma de fogo causaram a paraplegia do ora recorrido, além de outras sequelas.

A partir de janeiro de 2001, a operadora de plano de saúde, ora recorrente, passou a fornecer serviços de “*home care*” ao ora recorrido, em regime de 24 horas diárias.

As regras da internação domiciliar foram pactuadas nos seguintes termos:

1 - A *Internação Domiciliar* não está coberta contratualmente pelo plano de assistência médico hospitalar firmado com a Unimed-Rio.

2 - A concessão desse benefício dar-se-á, única e exclusivamente, no município do Rio de Janeiro, aos usuários da Unimed-Rio. Será prestada por tempo limitado, de acordo com a avaliação a ser realizada pela equipe de auditores da Unimed-Rio.

3 - Para a concessão é obrigatória a indicação e manutenção do cuidador, sob pena da imediata suspensão do benefício. Esclarecemos, que o cuidador ao final identificado, este entendido como sendo a pessoa da família e/ou contratados pelos mesmos para o treinamento e cuidados do paciente.

4 - A *suspensão desse benefício dar-se-á de forma gradativa*, através de planejamento a ser definido e acompanhado pela equipe de auditores da Unimed-Rio. Ao término da assistência de enfermagem não haverá cobertura para materiais, medicamentos e descartáveis. (fl. 45, sem grifos no original)

Em abril de 2002, a operadora decidiu reduzir a disponibilidade do “*home care*” para o regime de três horas diárias, com base na evolução do paciente, conforme relatório da equipe de enfermagem, aprovado pela auditoria médica (fls. 149 s.).

Ato contínuo, o ora recorrido ajuizou medida cautelar inominada (autos apensos) perante o juízo de origem, tendo sido concedida liminar para manter o regime de 24h/dia.

Após decorridos oito anos, a liminar foi revogada, com fundamento na boa evolução do quadro clínico do assistido, ora recorrido.

Transcreve-se, a propósito, o seguinte trecho da decisão que revogou a liminar:

Na realidade, quando lhe foi deferida a liminar, há 8 anos, sua situação física demandava a prestação do serviço “Home Care”, o que atualmente não é mais necessário. Seu cuidador, ou o próprio autor, podem resolver a contento os problemas hoje existentes, e, tanto isso é verdade que, mesmo sem o auxílio dos enfermeiros do “Home Care”, o autor se locomove em seu próprio veículo, adaptado às suas deficiências físicas, por toda a cidade. Certamente que suas necessidades fisiológicas, nestes momentos, são atendidas por ele próprio, porque longe de sua residência.

Pela lógica, se ele próprio resolve tais problemas, longe de casa, certamente o fará em sua residência, razão pela qual “dispensou” o pessoal do “Home Care”, impedindo-os de ingressar em seu domicílio, o que não ocorreu quando deles necessitava.

Realmente, a manutenção do “Home Care” na fase em que se encontra o autor, é exigência descabida por ser absolutamente desnecessária. Inicialmente era necessário razão pela qual lhe foi deferida a liminar, ante a negativa da ré em manter o serviço.

Assim, revogo a liminar concedida na medida cautelar, no que diz respeito à manutenção do serviço de “Home Care” que vinha sendo prestado ao auto. (fls. 388 s.)

Nessa esteira, a demanda principal foi julgada improcedente, tendo o juízo de origem, com apoio na prova pericial, fundamentado a sentença com base na distinção entre internação domiciliar e assistência domiciliar, entendendo que a operadora não estaria obrigada a custear indefinidamente a “assistência domiciliar”.

Transcreve-se, a propósito, o seguinte trecho da sentença:

Nos primeiros anos após a tragédia que vitimou o autor, certamente, necessitava do serviço domiciliar prestado por profissionais de saúde, negado pela ré. A paralisia em um de seus membros superiores e as escaras agravavam seu quadro clínico, o que demandava todo o aparato de apoio hospitalar em casa a sua disposição.

Hoje, felizmente para o autor sua situação está bem melhor. Seu quadro é estável. Não há mais escaras. Possui alguma força na mão antes paralítica. Pode realizar sozinho o cateterismo vesical. Dirige seu automóvel adaptado sozinho. Tem vida profissional e artística ativa. Viaja. Basta, portanto, um cuidador, alguém que o auxilie. Obviamente, deve continuar o tratamento médico e fisioterápico, salvo engano, pela Vida toda. mas não é preciso que seja em sua residência, através de 'home care'.

O 'home care', entendido como *internação domiciliar*, nada mais é que uma espécie do gênero *internação hospitalar*, cujo objetivo é abreviar a internação hospitalar, possibilitando, além da adaptação da família à nova situação, também o necessário treinamento relativo aos cuidados a serem dispensados ao paciente, gerando não só o benefício ao doente, como também economia de recursos.

Ocorre que a concepção de 'home care' vem sendo deturpada, transformando-se num tipo de *assistência à saúde feito em casa. indefinidamente, às custas da operadora de plano de saúde.*

Ora, justamente por guardar esse aspecto de transição, não há porque, vencido o período de adaptação, se impor à operadora o seu custeio indefinido nos casos em que o estado do paciente se mostra estável.

Cabe à família, a partir daí, assumir a responsabilidade dos cuidados de que necessita o paciente, seja por um de seus membros, seja por profissional contratado. (fl. 727, sem grifos no original)

O Tribunal de origem, no julgamento da apelação, reformou a sentença, sob o fundamento de que os procedimentos a que o paciente se encontra sujeito em razão da paraplegia (esvaziamento vesical e retal), deveriam ser realizados por profissional habilitado em enfermagem, não por um cuidador.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da ementa do acórdão recorrido:

Prova dos autos que demonstra que o quadro de saúde do apelante, paraplégico e com mobilidade reduzida no membro superior esquerdo que conduz à necessidade de suporte fisioterápico, terapia ocupacional e auxílio constante de enfermeiro. Bexiga e intestino neurogênico. Esvaziamento vesical e retal, através do uso de sonda ou cateter que deve ser realizado por enfermeiro ante a delicadeza do procedimento e as conseqüências drásticas que o procedimento realizado por leigo pode acarretar ao já prejudicado autor. Prova pericial médica neste sentido. Laudo oficial que embasa a sentença que é contraditório. Juiz que não está adstrito ao laudo. Inteligência do art. 436 CPC. Precedentes. Impossibilidade do tratamento ser assumido pelo próprio autor, por familiares ou por cuidador leigo. Limitação contratual que impõe exagerada desvantagem ao consumidor. Inteligência do art. 51 IV CDC. Violação do princípio da boa-fé e da função social do contrato. Precedentes do TJRJ. Recursos a que dá parcial provimento. (fl. 925)

Daí a interposição do presente recurso especial, em que a operadora de plano de saúde, ora recorrente, sustenta erro de valoração probatória pelo acórdão recorrido, pleiteando a improcedência dos pedidos.

Feito esse breve histórico dos autos, passo a analisar as questões devolvidas ao conhecimento desta Corte Superior.

No que tange à cobertura do serviço “*home care*”, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o “*home care*”, na modalidade “internação domiciliar” (substituto de uma internação hospitalar), deve ser oferecido pelas operadoras de plano de saúde, independentemente de previsão contratual, tendo em vista as vantagens do ambiente domiciliar, em comparação com o hospitalar, do ponto de vista do bem-estar e da recuperação do paciente, bem como as vantagens financeiras para operadora, em termos de redução de custos.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados desta *Turma*:

Recurso especial. Civil. Plano de saúde. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Internação hospitalar. Conversão em atendimento médico domiciliar. Possibilidade. Serviço de *home care*. Cláusula contratual obstativa. Abusividade. Suspensão temporária do tratamento. Dano moral. Configuração. Agravamento das patologias. Grande aflição psicológica.

1. Ação ordinária que visa a continuidade e a prestação integral de serviço assistencial médico em domicílio (serviço *home care* 24 horas), a ser custeado pelo plano de saúde bem como a condenação por danos morais.

2. Apesar de os planos e seguros privados de assistência à saúde serem regidos pela Lei n. 9.656/1998, as operadoras da área que prestam serviços remunerados à população enquadram-se no conceito de fornecedor, existindo, pois, relação de consumo, devendo ser aplicadas também, nesses tipos contratuais, as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ambos instrumentos normativos incidem conjuntamente, sobretudo porque esses contratos, de longa duração, lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida. Incidência da Súmula n. 469/STJ.

3. Apesar de, na Saúde Suplementar, o tratamento médico em domicílio não ter sido incluído no rol de procedimentos mínimos ou obrigatórios que devem ser oferecidos pelos planos de saúde, é abusiva a cláusula contratual que importe em vedação da internação domiciliar como alternativa de substituição à internação hospitalar, visto que se revela incompatível com a equidade e a boa-fé, colocando o usuário (consumidor) em situação de desvantagem exagerada (art. 51, IV, da Lei n. 8.078/1990). Precedentes.

4. O serviço de saúde domiciliar não só se destaca por atenuar o atual modelo hospitalocêntrico, trazendo mais benefícios ao paciente, pois terá tratamento humanizado junto da família e no lar, aumentando as chances e o tempo de recuperação, sofrendo menores riscos de reinternações e de contrair infecções e doenças hospitalares, mas também, em muitos casos, é mais vantajoso para o plano de saúde, já que há a otimização de leitos hospitalares e a redução de custos: diminuição de gastos com pessoal, alimentação, lavanderia, hospedagem (diárias) e outros.

5. Na ausência de regras contratuais que disciplinem a utilização do serviço, a internação domiciliar pode ser obtida como conversão da internação hospitalar. Assim, para tanto, há a necessidade (i) de haver condições estruturais da residência, (ii) de real necessidade do atendimento domiciliar, com verificação do quadro clínico do paciente, (iii) da indicação do médico assistente, (iv) da solicitação da família, (v) da concordância do paciente e (vi) da não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia não supera o custo diário em hospital.

6. A prestação deficiente do serviço de *home care* ou a sua interrupção sem prévia aprovação ou recomendação médica, ou, ainda, sem a disponibilização da reinternação em hospital, gera dano moral, visto que submete o usuário em condições precárias de saúde à situação de grande aflição psicológica e tormento interior, que ultrapassa o mero dissabor, sendo inidônea a alegação de mera liberalidade em seu fornecimento.

7. Recurso especial não provido. (REsp 1.537.301/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 23/10/2015)

Recurso especial. Plano de saúde. Serviço de *home care*. Cobertura pelo plano de saúde. Dano moral.

1 - Polêmica em torno da cobertura por plano de saúde do serviço de “home care” para paciente portador de doença pulmonar obstrutiva crônica.

2 - O serviço de “home care” (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde.

3 - Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.

4 - Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (*home care*) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital.

5 - Dano moral reconhecido pelas instâncias de origem. Súmula 07/STJ.

6 - *Recurso especial a que se nega provimento*. (REsp 1.378.707/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 15/06/2015)

Ainda que, eventualmente, os custos da internação domiciliar venham a ser mais elevados, esta *Turma* ressaltou, no primeiro julgado acima, a possibilidade de o assistido “complementar o valor de tabela”.

Esse entendimento foi firmado para hipóteses de pacientes acometidos de doenças graves (v.g., doença pulmonar obstrutiva crônica, em ambos os casos acima), que não apresentavam condições clínicas de prosseguirem o tratamento por meio de atendimento ambulatorial, modo que o “*home care*” efetivamente substituía uma internação.

A expressão inglesa “*home care*”, contudo, abrange outros tipos de atendimento em domicílio.

Transcreve-se, a propósito, classificação descrita em publicação especializada sobre o tema:

Embora não exista definição formal, os termos ligados ao programa de ADS, enfocados sob a expressão inglesa “*home health care*” no Brasil são descritos, por Tavolari, como:

- *Assistência domiciliar*: termo genérico usado para qualquer ação em saúde que se processe em domicílio, sem levar em conta a complexidade ou objetivo do atendimento, indo de uma orientação simples até suporte ventilatório invasivo domiciliar.

- *Internação domiciliar*: relacionada com o cuidar intensivo e multiprofissional no domicílio, caracterizado por deslocamento de uma parte da estrutura hospitalar para a casa do paciente, promovendo um cuidado de moderada a alta complexidade, semelhante a um hospital em casa.

- *Atendimento domiciliar*: abrangendo os cuidados de saúde, multiprofissionais ou não, semelhante a um consultório em casa.

As variações de conceitos estão ligadas ao contexto sociocultural do paciente e às diferenças de interpretação que variam de uma empresa para outra ou de um serviço para outro. (AMARAL, Nilcéia Noli do. *et. at. Assistência domiciliar à saúde (home health care): sua história e sua relevância para o sistema de saúde atual*. Rev. Neurociências 9(3): 11-117, 2001, sem grifos no original)

No âmbito normativo, merece referência a Resolução da Diretoria Colegiada 11/2006, da ANVISA, que adota a expressão “atenção domiciliar” como gênero, subdividindo-a nas duas espécies abaixo descritas:

- *assistência domiciliar*: conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas desenvolvidas em domicílio;

- *internação domiciliar*: conjunto de atividades prestadas no domicílio, caracterizadas pela atenção em tempo integral ao paciente com quadro clínico mais complexo e com necessidade de tecnologia especializada.

A assistência domiciliar, nos termos definidos pela ANVISA, se difere da internação domiciliar pelo caráter ambulatorial do atendimento, abrangendo aqueles serviços que poderiam ser prestados num ambulatório (departamento hospitalar para atendimento - curativos, primeiros socorros, pequenas cirurgias, exames, etc. - de enfermos que podem se locomover), mas são prestados no domicílio do assistido.

Essa distinção é de suma importância do ponto de vista do equilíbrio econômico do contrato de plano de saúde, pois os custos da internação domiciliar podem ser compensados com os valores, naturalmente elevados, da internação hospitalar que foi substituída, como já afirmado.

Ao passo que os custos da assistência domiciliar, diferentemente, não substituem outros custos, tratando-se, portanto, de uma despesa adicional para as operadoras de plano de saúde.

Essa distinção entre internação domiciliar e assistência domiciliar, e seus reflexos no equilíbrio do contrato, foi abordada no julgamento do já aludido REsp 1.537.301/RJ, em que o relator, Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, fez referência à Resolução Normativa-ANS 338/2013, atualmente sucedida pela Resolução Normativa-ANS 428/2017, segundo a qual “nos casos em que a assistência domiciliar *não se dê em substituição à internação hospitalar*, esta deverá obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes” (art. 14, parágrafo único, sem grifos no original).

Sobre esse ponto, merece referência o seguinte trecho do voto de S. Exa., nos pontos ora destacados:

Cumprе ressaltar, por outro lado, que o ‘home care’ não pode ser concedido de forma automática, tampouco por livre disposição ou comodidade do paciente e de seus familiares.

De fato, na ausência de regras contratuais que disciplinem a utilização do serviço, a internação domiciliar pode ser obtida *não como extensão da internação hospitalar, mas como conversão desta*. Assim, para tanto, há a necessidade (i) de haver condições estruturais da residência, (ii) de real necessidade do atendimento domiciliar, com verificação do quadro clínico do paciente, (iii) da indicação do

médico assistente, (iv) da solicitação da família, (v) da concordância do paciente e (vi) da não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia não supera o custo diário em hospital.

Isso porque, nesses casos, como *os serviços de atenção domiciliar não foram considerados no cálculo atuarial do fundo mútuo*, a concessão indiscriminada deles, quando mais onerosos que os procedimentos convencionais já cobertos e previstos, poderá causar, a longo prazo, desequilíbrio econômico-financeiro do plano de saúde, comprometendo a sustentabilidade das carteiras.

De qualquer modo, quando for inviável a substituição da internação hospitalar pela internação domiciliar apenas por questões financeiras, a operadora deve sempre comprovar a recusa com dados concretos e dar oportunidade ao usuário de complementar o valor de tabela.

Apesar das razões de decidir desse julgado conduzirem ao entendimento de que a assistência domiciliar poderia se excluída da cobertura, o caso dos autos suscita nova reflexão sobre o tema.

Deveras, apesar de a assistência domiciliar representar um custo adicional imediato, essa modalidade de “*home care*” pode se mostrar vantajosa até mesmo para as operadoras, numa visão de médio prazo, especificamente naqueles casos em que o paciente apresenta melhora a ponto de dispensar uma internação, mas não a ponto de afastar o risco de um agravamento do quadro clínico, caso o tratamento não prossiga a contento.

Nesses casos, o agravamento do quadro clínico do paciente traria custos muito maiores para as operadoras do que os custos da manutenção da assistência domiciliar, de modo que o desequilíbrio imediato do contrato seria contrabalançado com o risco que se evita no futuro.

Esse juízo prognóstico, contudo, depende das circunstâncias de cada caso concreto, da complexidade de cada tratamento, de modo que não é possível estabelecer um balizamento tão bem definido como no caso da internação domiciliar.

Do todo modo, é importante ressaltar que a assistência domiciliar, ainda que prescrita como prolongamento da internação hospitalar ou domiciliar, não pode ser excluída, de antemão, da cobertura do contrato de plano de saúde.

Estabelecida essa premissa, volta-se ao caso dos autos.

O juízo de origem entendeu que a “internação domiciliar” havia evoluído para uma “assistência domiciliar”, tendo em vista a melhora apresentada até então pelo assistido, fato que justificaria a redução da assistência do regime integral para o regime de três horas diárias, conforme pretendido pela operadora.

Essa redução do tempo de assistência (chamada “desmame” ou “alta gradativa”) é prevista nos protocolos do serviço de “*home care*”, como se verifica no seguinte trecho de publicação da literatura especializada:

Ainda quanto à organização da assistência, pode-se perceber que se desenvolve, predominantemente, com a seguinte disposição: inicia-se com a alta hospitalar precoce, seguida da internação domiciliar *na qual ocorre o processo de “desmame”; isto é, a redução progressiva das horas de plantão do auxiliar de enfermagem e do número de visitas dos demais profissionais de saúde*, durante os internamentos domiciliares, procedendo-se, ou não, ao monitoramento da pessoa atendida e, fazendo-se evidente em todas essas etapas, a responsabilização da família nos cuidados com o doente.

.....

Nesta modalidade de assistência, se espera da família que esteja à disposição para ser treinada, devendo contribuir com a execução de diversas atividades normalmente desenvolvidas por auxiliares de enfermagem, apoiando esses profissionais no desempenho de suas funções, ou gradativamente substituindo-os na etapa de desmame. Desse modo, deve dispor de uma ou mais pessoas às quais comumente se denomina de “cuidadores”, as quais podem ofertar tempo e condições psicológicas para a assunção das novas tarefas cotidianas. Em alguns relatos, são explicitadas dificuldades do núcleo familiar com a situação: A família não quer assumir essa responsabilidade [...] com a higiene do paciente. É o que dificulta nosso trabalho e que está prejudicando o “home care”. (CUNHA, M. A. O. e MORAIS, H. M. M. **Assistência domiciliar privada em saúde e suas estratégias (aparentes e ocultas)**. Ciência & Saúde Coletiva, 12(6):1651-1660, 2007)

Nessa publicação, as autoras também apontam certo abuso das operadoras, que oferecem resistência em alterar o cronograma de alta pré-estabelecido, ainda que o quadro clínico do paciente não corresponda ao previsto (*obiter dictum*).

Seguindo na apreciação do caso concreto, o Tribunal de origem, apreciando os vastos elementos probatórios dos autos, concluiu que as sequelas físicas e fisiológicas que acometeram o assistido exigiriam manutenção do serviço de “*home care*” em regime de tempo integral.

Confira-se, a propósito, os seguintes excertos do acórdão recorrido:

A controvérsia recursal demanda que se analise, por conseguinte, se o autor ainda tem necessidade de “home care”, ou algum serviço a ser prestado em seu domicílio.

Observa-se, quanto ao “home care”, que este não pode ser negado pelo fornecedor de serviços médico-hospitalares, porque *nada mais é do que a continuidade do tratamento de um paciente*, em estado de grave debilidade de saúde, em internação domiciliar.

Nesse sentido, o custeio do “home care” faz parte do tratamento da saúde do associado ao plano de saúde, incluindo-se sua cobertura no contrato.

A propósito do “home care”, a inserção de tal serviço nos contratos de planos de saúde é decorrência da evolução da terapêutica em favor de determinados doentes.

.....

Aponte-se que os atestados médicos de fl. 445 e de fls. 446/447, corroborados pelo laudo crítico *apresentado pelo médico assistente do autor* (fls. 609/628), contradizem o laudo pericial no que se refere à assistência de enfermagem integral ao autor, assim dispondo:

.....

Diante de tais descrições, até um leigo poderia concluir que, um paciente do tamanho do autor este é um “indivíduo de aproximadamente 1,9m de altura e 100kg de peso” (laudo pericial, à fl. 283 da ação ordinária), com “grave comprometimento dos movimentos do tronco, membro superior esquerdo e membros inferiores, que o impede de realizar movimentos de transferência (sair da cama para cadeira de rodas e realização de higiene pessoal), conclusão da perícia mais recente, à fl. 556 da ordinária, o autor necessitaria da mobilidade integral das duas mãos para realizar o autocateterismo: uma para segurar a sonda e o gel de limpeza, e a outra para segurar o membro.

Alias, a *ambiguidade contraditória do laudo pericial* que endossou a sentença é surpreendente, pois que ao mesmo tempo que conclui as impossibilidades acima descritas, três parágrafos adiante, conclui também que “em relação ao cateterismo vesical, o Autor, por ser destro, pode realizá-lo sozinho”.

Mais uma vez, e para que não se fundamente o processo decisório apenas nas aparências, a *literatura médica disponível na internet* revela como se dá o autocateterismo:

.....

Absolutamente inverossímil portanto, possa o autor realizar e repetir de 4 em 4hs tal procedimento, per se.

Na mesma senda, que o procedimento seja realizado por familiar, eis que estar-se-ia submetendo o familiar a uma vida de dedicação ao outro, que não sobreviveria ao mais forte dos afetos por longo tempo.

Por fim, o cuidador.

O que seria o cuidador?

Nada há na lei que aponte para o conceito de tal figura, mas, a experiência comum revela (art. 335 CPC), que as pessoas idosas tem cuidadores, empregados domésticos ou terceiros de baixa ou nenhuma formação técnica, que são úteis para ministrar remédios, auxiliar o idoso a levantar-se da cama, dar banhos e levá-los para passear.

Não há prova nos autos de que um leigo em enfermagem possa de forma adequada e *sem riscos maiores ao já altamente lesionado autor, realizar os procedimentos necessários relativos à bexiga e intestinos neurogênicos do autor.*

Sublinhe-se que o fato de ser o autor destro, e ter o braço direito integralmente preservado, não basta para concluir-se que o mesmo poderia realizar os procedimentos sozinho.

Primeiro porque a integridade dos movimentos do membro superior direito foi constatada desde a primeira perícia, em 2003, não sendo novidade, e segundo, porque indubitavelmente a necessidade da mobilidade integral, inclusive com a função de “pega fina”, de ambos os membros superiores. (fls. 938/943)

Embora o Tribunal de origem não tenha enfrentado especificamente a controvérsia acerca do enquadramento do caso nas modalidades de internação ou assistência domiciliar, o quadro fático delineado no acórdão recorrido parece apontar para uma “assistência domiciliar”, pois os procedimentos que o Tribunal de origem entendeu devam ser mantidos em “*home care*” integral são esvaziamento vesical e retal, procedimentos normalmente realizados em ambulatório, não exigindo internação.

Sob essa ótica da mera assistência domiciliar, a operadora entende que não estaria obrigada a manter o serviço em regime de tempo integral, podendo realizar o “desmame” do “*home care*”, a fim de se preservar o equilíbrio do contrato, como já mencionado alhures.

Observa-se, porém, que o acórdão recorrido também se encontra fundamentado no laudo emitido pelo médico que assiste o paciente, tendo esse profissional prescrito expressamente “suporte de enfermagem constante” e “auxílio de enfermagem, 24 horas”, prescrições transcritas no acórdão recorrido (fl. 938).

Esse ponto do acórdão recorrido torna inviável o acolhimento da pretensão recursal da operadora de plano de saúde, pois a pretendida reforma do acórdão recorrido demandaria reexame dos elementos probatórios dos autos, providência que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Por fim, tendo-se mantido o acórdão recorrido com base no laudo do médico assistente, torna-se irrelevante a controvérsia acerca das informações obtidas na internet pelo relator da apelação.

Destarte, o recurso especial não merece ser provido.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

Como consequência deste *decisum*, impõe-se também negar provimento ao recurso especial interposto nos autos do REsp 1.599.435/RJ, oriundo de ação cautelar inominada em apenso, uma vez que houve julgamento conjunto no Tribunal de origem.

Anexe-se cópia deste voto para os autos do REsp 1.599.435/RJ.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.641.038-CE (2016/0205813-6)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Del Monte Fresh Produce Brasil Ltda

Advogados: Manoel Leandro de Noroes Milfont e outro(s) - CE003176

Edson Menezes da Nóbrega Filho e outro(s) - CE015937

EMENTA

Recurso especial. Usucapião. Estrangeiros. Pessoa jurídica brasileira. Controle estrangeiro. Equiparação. Requisitos especiais. Possibilidade jurídica do pedido.

1. Ação ajuizada em 01/10/2004. Recurso especial interposto em 26/08/2013 e atribuído a este Gabinete em 25/08/2016.

2. O propósito recurso consiste em determinar se, à luz dos arts. 1º, § 1º, 8º da Lei 5.709/71, é juridicamente possível a usucapião por pessoa jurídica brasileira, cujo capital social seja majoritariamente controlado por estrangeiros.

3. A legislação impõe uma série de condições para a aquisição de terras rurais por estrangeiros, pessoas naturais ou jurídicas, pois nesta questão está envolvida a defesa do território e da soberania nacional, elementos imprescindíveis à existência do Estado brasileiro.

4. Por força do art. 1º, § 1º, c/c art. 8º da Lei 5.709/71, a pessoa jurídica brasileira também incidirá nas mesmas restrições impostas

à estrangeira, caso participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior.

5. As mesmas limitações existentes na aquisição de terras rurais existentes para as pessoas estrangeiras – sejam naturais, jurídicas ou equiparadas – devem ser observadas na usucapião desses imóveis.

6. Recurso especial provido para afastar a impossibilidade jurídica do 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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJe 12.11.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Del Monte Fresh Produce Brasil Ltda.*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/CE.

Ação: de usucapião rural, de imóvel denominado Fazenda Ouro Verde III, cuja área é de 343 hectares, conforme fls. 31-33 (e-STJ), alegando preencher os requisitos legais para a aquisição originária dessa área.

Sentença: extinguiu o processo, sem resolução do mérito, ao acolher preliminar de carência da ação, consistente na impossibilidade jurídica do pedido, em função do disposto nos art. 1º, § 1º, e 8º da Lei 5.709/71, que regula a aquisição de imóveis rurais por estrangeiros.

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pela recorrente, em julgamento assim ementado:

Constitucional. Usucapião de imóvel por empresa estrangeira de capital nacional. Impossibilidade. Vedação contida na Lei n. 5.709/71. Recepção. Norma em consonância com o texto constitucional. Recurso conhecido e desprovido.

- Na presente lide empresa Del monte Fresh Produce Brasil Ltda., empresa nacional de capital estrangeiro, pretende usucapir propriedades rurais situadas na Chapada do Apodi. Diante da vedação expressa à usucapião por empresas estrangeiras ou nacionais com maioria do capital internacional, contida na Lei n. 5.709/71, o magistrado de piso acolheu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e extinguiu a lide sem resolução do mérito. O apelante, dentre outros temas devolvidos, pretende seja declarada a não recepção do art. 1º, § 1º, da Lei n. 5.709/71, argumentando que a Emenda Constitucional 06/95 teria revogado o artigo 171, que estabelecia distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, e que a limitação constitucional à aquisição de propriedade, prevista no art. 190, é direcionada apenas a empresas estrangeiras, não atingindo as brasileiras, seja qual a origem de seu capital.

- Da interpretação sistemática e do princípio da unidade da Constituição, conclui-se inexistir a pretendida incompatibilidade do § 1º, do art. 1º da Lei 5.709/71 com a Constituição Federal. Limitar a aquisição da propriedade de patê do território nacional por estrangeiros ou por empresas brasileiras controladas por estrangeiros é dar efetividade à soberania nacional (art. 1º, inciso I, CF), princípio fundamental da República Federativa do Brasil, garantindo a independência do Estado brasileiro (art. 4º, inciso I, CF) na definição das políticas agrárias a serem implementadas, em busca do almejado desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, CF).

- Incidente de inconstitucionalidade rejeitado.

- Sentença mantida.

Embargos de declaração: acolheu os embargos opostos pela recorrente, sem efeitos modificativos, a fim de esclarecer que sua natureza de pessoa jurídica brasileira, com capital estrangeiro.

Recurso especial: alega contrariedade ao disposto no art. 1º, § 1º, e 8º da Lei 5.709/71. Sustenta, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

Admissibilidade: o TJ/CE não admitiu o recurso na origem e, após a interposição de agravo, à fl. 504 (e-STJ) determinou-se sua conversão em recurso especial, para melhor análise.

Parecer do MPF: de lavra do Subprocurador-Geral da República, Maurício Vieira Bracks, opina pelo não conhecimento do recurso especial, por incidência da Súmula 83/STJ.

Mencione-se, por fim, que a recorrente também interpôs recurso extraordinário às fls. 385-406 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrigli (Relatora): O propósito recurso consiste em determinar se, à luz dos arts. 1º, § 1º, 8º da Lei 5.709/71, é juridicamente possível a usucapião por pessoa jurídica brasileira, cujo capital social seja majoritariamente controlado por estrangeiros, conforme transcrição abaixo:

Lei 5.709/71

Art. 1º - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.

§ 1º - Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior.

(...)

Art. 8º - Na aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira, física ou jurídica, é da essência do ato a escritura pública.

Assim, pretende-se discutir se, na vedação constante no art. 8º da Lei 5.709/71, a pessoa jurídica brasileira, cuja maioria do capital social seja controlado por estrangeiros, também é equiparada à pessoa jurídica estrangeira.

1. Da aquisição de terras por estrangeiros

A aquisição de imóveis rurais por estrangeiros há tempos é uma preocupação do legislador pátrio. Afinal, nesta questão está envolvida a defesa do território e da soberania nacional, elementos imprescindíveis à existência do Estado brasileiro, cujas dimensões continentais apenas aumentam a complexidade e o escopo do problema.

Desde o Império são editadas leis que dispõem a aquisição de terras por estrangeiros no Brasil. Benedito SILVÉRIO RIBEIRO identifica o Ato Complementar 45/1969, quer permitia a aquisição de terras apenas por brasileiros ou estrangeiros residentes no país, como um dos precursores da Lei 5.709/71 (**Tratado de Usucapião**. V. 1. S. Paulo: Saraiva, 2012, p. 328).

Tal legislação impõe uma séria de condições para a aquisição de terras rurais por estrangeiros, pessoas naturais ou jurídicas.

A título de exemplo, as pessoas naturais estrangeiras apenas poderão adquirir imóvel rural no Brasil se residirem no país e se tal imóvel não exceder 3 (três) módulos de exploração indefinida – MEI. Se o imóvel possuir entre 3 a 50 MEIs, dependerá de aprovação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA e, se for superior a 50 MEIs, a aquisição será possível apenas com autorização do Congresso Nacional. Para as pessoas jurídicas estrangeiras, é necessária ainda a apresentação de projeto de exploração vinculado aos objetivos estatutários. Para uma melhor explicação dos limites, ver Michel HAVRENNE (**A aquisição de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil**. In: RT, v. 101, n. 919, maio 2012).

2. Das pessoas jurídicas brasileiras controladas por estrangeiros

A controvérsia se reveste de contornos mais complexos quando se envolve a possibilidade de aquisição de terras rurais por pessoas jurídicas brasileiras, com sede e administração no país, mas cujo capital social seja controlado por pessoas, físicas ou jurídicas, estrangeiras. Aliás, essa é exatamente a hipótese dos autos.

O § 1º do art. 1º da Lei 5.709/71 realiza expressa essa equiparação, conforme os termos legais: “§ 1º - *Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior*”.

Em âmbito administrativo, a Advocacia-Geral da União – AGU manifestou-se três vezes sobre o mencionado art. 1º, § 1º, da Lei 5.709/71, por meio dos pareceres LA-04/1994 (anexo ao Parecer GQ-22), LA-01/1997 (anexo ao Parecer GQ-181); e LA-01/2010.

De forma resumida, o Parecer LA-04/1994 (anexo ao Parecer GQ-22) dispôs que o art. 1º, § 1º, da Lei 5.709/1971, não foi recepcionado pela CF/88, em razão de suposta incompatibilidade material com a redação de seus arts. 171

e 190. A seguir, o Parecer LA-01/1997 (anexo ao Parecer GQ-181) reexaminou o Parecer LA-04/1994, em razão da revogação do art. 171 da CF/1988 pela EC 06/1995. Manteve a conclusão do Parecer LA-04/94, mas apontou que, com a revogação do art. 171, não haveria impedimento para que a legislação ordinária restringisse, em certos casos, a aplicação do capital estrangeiro no Brasil.

Por fim, em 2010, foi publicado o Parecer CGU-1/2008-RVJ (anexo ao Parecer LA-01/2010), que revogou os pareceres anteriores sobre o tema, além de afirmar ser possível o controle da aquisição de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras controladas por estrangeiros. Tal parecer foi aprovado pelo Presidente da República, gerando efeitos vinculativos à Administração Pública, nos termos do art. 40, § 1º, da LC 73/93.

Na esfera judicial, ainda existe controvérsia não resolvida acerca da recepção do § 1º do art. 1º da Lei 5.709/71, atualmente pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 342/DF e na ACO n. 2.463/DF.

Também de forma resumida, a ADPF n. 342/DF foi ajuizada pela Sociedade Rural Brasileira, especificamente para questionar a não recepção do mencionado dispositivo legal, bem como acerca da constitucionalidade da posição da AGU. Neste processo, ainda não há manifestação do STF, apenas parecer da Procuradoria-Geral da República, no sentido da recepção do art. 1º, § 1º, da Lei 5.709/71.

Por sua vez, a ACO n. 2.463/DF foi ajuizada pela *União* e pelo INCRA em face do *Estado de São Paulo*, visando a declaração de nulidade da orientação normativa contida no Parecer n. 461-12-E da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que reconhecia a não-recepção do já citado dispositivo legal e, assim, permitia a aquisição de terras rurais por pessoas jurídicas brasileiras, sem distinções.

Nestes autos, em 1º/09/2016, houve o deferimento do pedido liminar pelo Min. Marco Aurélio, para suspender os efeitos no Parecer n. 461-12-E da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, até o julgamento definitivo da ação.

Feita a exposição acima, é importante consignar, contudo, que não houve, nas razões do recurso especial, qualquer pleito de declaração de inconstitucionalidade incidental acerca do art. 1º, § 1º, da Lei 5.709/71 e, considerando que este tema já se encontra sob o escrutínio do Supremo Tribunal Federal, também não se faz pertinente, neste momento, suscitar de ofício tal discussão.

3. Da aplicação da Lei 5.709/71

Nas razões do recurso especial, o recorrente argumenta que a melhor interpretação sistemática da Lei 5.709/71 implicaria a exclusão da equiparação feita no art. 1º, § 1º, do campo de aplicação de seu art. 8º, que é assim redigido: “na aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira, física ou jurídica, é da essência do ato a escritura pública”.

Assim, prossegue a recorrente, tais dispositivos legais não poderiam ser aplicados à hipótese, o que permitiria a ocorrência da usucapião do imóvel rural apontado na inicial.

No entanto, esta não parece ser uma interpretação possível para os dispositivos legais em discussão. Por força do art. 1º, § 1º, c/c art. 8º da Lei 5.709/71, a pessoa jurídica brasileira também incidirá nas mesmas restrições impostas à estrangeira, caso participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior.

De outro lado, também não se verifica correta a interpretação conferida pelo Tribunal de origem ao art. 8º da Lei 5.709/71, no sentido de afastar a possibilidade de usucapião. No entanto, as mesmas condicionantes devem ser observadas tanto na aquisição derivada quanto na originária.

Com efeito, *as mesmas limitações existentes na aquisição de terras rurais existentes para as pessoas estrangeiras – sejam naturais, jurídicas ou equiparadas – devem ser observadas na usucapião desses imóveis*. Por exemplo, como argumenta SILVÉRIO RIBEIRO, o estrangeiro – pessoa natural – apenas usucapir imóvel rural apenas se ele for residente no país e se a dimensão da terra não exceder 3 (três) módulos de exploração - MEIs (*Op. cit.*, p. 334).

Da mesma forma, é possível que a pessoa jurídica estrangeira ou equiparada – tal como a recorrente – utilize a via prescricional comum para a aquisição de imóvel rural, *desde que preencha todos os requisitos previstos na legislação*. Com efeito, não poderá se socorrer da usucapião especial de imóvel rural, prevista no art. 191 da CF/88, mas a usucapião comum ainda lhe está ao alcance.

Entre os requisitos que deverão ser demonstrados, na lição de SILVÉRIO RIBEIRO (*Op. cit.*, p. 374-375) e de HAVRENNE (*Op. cit.*), encontram-se: (i) a demonstração de que o imóvel rural se destine à implantação de projetos agrícolas, pecuários ou industriais, vinculados aos objetivos estatutários da pessoa jurídica usucapiente (art. 5º da Lei 5.709/71); (ii) comprovação de que

“a soma das áreas rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, não ultrapassa 1/4 da superfície dos Municípios onde se situem, comprovada por certidão do Registro de Imóveis” (art. 5º do Decreto 74.965/74, que regulamenta a Lei 5.709/71); (iii) comprovação de que as pessoas de mesma nacionalidade não poderão ser proprietárias, em cada Município, de mais de 40% (quarenta por cento) do limite fixado no item anterior (art. 5º, § 1º, do Decreto 74.965/74); e (iv) a dimensão de totalidade dos imóveis rurais da pessoa jurídica usucapiente não poderá exceder 100 (cem) módulos de exploração – MEIs, nos termos art. 23 da Lei 8.629/1993.

De fato, o julgamento referido no bojo do acórdão recorrido não se presta a corroborar o entendimento esposado pelo Tribunal de origem. Mencione-se, novamente, o recurso citado:

Civil. Imóvel rural cuja área excede de 50 (cinquenta) módulos. Defesa da posse, por estrangeiro. Possibilidade. Mesmo que não tenha adquirido a propriedade do imóvel rural, o estrangeiro pode defender a posse que recebeu e mantém em função de negócio ajustado por instrumento particular - posse que, evidentemente, não induzirá ao usucapião por força do que dispõe a Lei n. 5.709, de 1971. Recurso especial não conhecido. (REsp 171.347/SP, Terceira Turma, julgado em 14/03/2000, DJ 12/06/2000, p. 105).

O precedente invocado, em realidade, não pugna pela impossibilidade total da usucapião de imóvel rural por estrangeiros, mas que a aquisição prescritiva não seria possível naquela hipótese, por ser contrária aos preceitos contidos na Lei 5.709/71.

Não se trata, portanto, de um pedido juridicamente impossível, mas que deve ser escrutinado, com toda a parcimônia e rigor, pelos órgãos jurisdicionais frente aos requisitos prescritos em lei.

Como afirmado no REsp 1.356.142/SP (Terceira Turma, DJe 17/10/2017), “*não cabe ao julgador, ao analisar a possibilidade jurídica, determinar se o autor tem ou não razão, não havendo que se confundir a impossibilidade jurídica do pedido com o mérito da causa*”.

De todo o exposto, conclui-se pela incorreção do acolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, considerando que o Tribunal de origem deixou de analisar todos os requisitos existentes para a aquisição – originária ou derivada – de imóveis rurais por estrangeiros.

Esta Terceira Turma, no julgamento do REsp 1.331.115/RJ (Terceira Turma, DJe 22/04/2014), afirmou que “*a impossibilidade jurídica do pedido consiste, no plano da ação e não da relação de direito material, na inexistência da pretensão em abstrato no ordenamento jurídico*”. Dessa forma, para sua configuração é preciso que haja na lei vedação da existência da própria ação.

Na hipótese dos autos, não há nada no ordenamento jurídico que obste *prima facie* o reconhecimento da usucapião. É certo, contudo, que os requisitos há requisitos estritos e rigorosos, mas que devem ser devidamente auferidos pelos órgãos de jurisdição ordinária.

Forte nessas razões, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, para afastar a impossibilidade jurídica do pedido e fazer retornar os autos ao 1º grau de jurisdição para o devido julgamento do mérito da hipótese.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de recurso especial interposto por Del Monte Fresh Produce Brasil Ltda., com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, no qual impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará assim ementado (e-STJ, fl. 321):

Constitucional. Usucapião de imóvel por empresa estrangeira de capital nacional. Impossibilidade. Vedação contida na Lei n. 5.709/71. Recepção. Norma em consonância com o texto constitucional. Recurso conhecido e desprovido.

- Na presente lide empresa Del Monte Fresh Produce Brasil Ltda., empresa nacional de capital estrangeiro, pretende usucapir propriedades rurais situadas na Chapada do Apodi. Diante da vedação expressa à usucapião por empresas estrangeiras ou nacionais com maioria do capital internacional, contida na Lei n. 5.709/71, o magistrado de piso acolheu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e extinguiu a lide sem resolução do mérito. O apelante, dentre outros temas devolvidos, pretende seja declarada a não recepção do art. 1º, § 1º, da Lei n. 5.709/71, argumentando que a Emenda Constitucional 06/95 teria revogado o artigo 171, que estabelecia distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, e que a limitação constitucional à aquisição de propriedade, prevista no art. 190, é direcionada apenas a empresas estrangeiras, não atingindo as brasileiras, seja qual for a origem de seu capital.

- Da interpretação sistemática e do princípio da unidade da Constituição, conclui-se inexistir a pretendida incompatibilidade do § 1º, do artigo 1º, da Lei 5.709/71 com a Constituição Federal. Limitar a aquisição da propriedade de parte

do território nacional por estrangeiros ou por empresas brasileiras controladas por estrangeiros é dar efetividade à soberania nacional (art. 1º, inciso I, CF), princípio fundamental da República Federativa do Brasil, garantindo a independência do Estado brasileiro (art. 4º, inciso I, CF) na definição das políticas agrárias a serem implementadas, em busca do almejado desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, CF).

- Incidente de inconstitucionalidade rejeitado.

- Sentença mantida.

Trazido a julgamento desta Terceira Turma, a Relatora Min. Nancy Andrighi proferiu percuciente voto no sentido de dar-lhe provimento.

Em sua fundamentação, afastou a impossibilidade jurídica do pedido, ressaltando que sua análise se dá no plano da ação, de modo que sua configuração dependeria da expressa vedação legal, o que não existiria para o caso dos autos. Acrescentou ainda que, no caso de usucapião pretendida por pessoa jurídica nacional de capital majoritário estrangeiro deveriam ser observados, além das condições gerais para prescrição aquisitiva comum, os requisitos para aquisição de propriedade imóvel previsto na Lei n. 5.709/1971, ressaltando a impossibilidade de aquisição de propriedade por usucapião especial constitucional (art. 191 da CF/1988).

Por se tratar de questão nova no âmbito desta Corte Superior, pedi vista dos autos para um exame aprofundado.

Como bem ponderou a relatora em seu voto, a questão dos autos revela a preocupação antiga do legislador com a proteção e a integridade do território nacional, elemento essencial da soberania dos Estados nacionais modernos, e que sempre teve uma maior complexidade num país de dimensões continentais, como é o Estado brasileiro. Além disso, a questão continua atual e delicada, renovando-se neste momento de crescente fluxo de pessoas, o que tem potencializado os conflitos entre nacionais e estrangeiros.

Embora a questão dos autos não se refira à aquisição de propriedade por estrangeiros, mas sim por pessoa jurídica nacional de capital estrangeiro, é fato que a legislação ainda em vigor equiparou o tratamento entre estas empresas e os estrangeiros, sejam pessoas naturais, sejam pessoas jurídicas. A par da discussão dos eventuais reflexos da mudança constitucional sobre a validade e eficácia da Lei n. 5.709/1971, após a Emenda Constitucional n. 6/1995, a lei se presume constitucional, uma vez que, apesar da judicialização da questão perante o Supremo Tribunal Federal – ainda pendente de decisão –, até o momento não

houve a suspensão de sua eficácia. Do mesmo modo, como bem demonstrou o voto da Relatora, a legislação infraconstitucional e os pareceres vinculativos da AGU reforçam a plena eficácia da Lei no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a questão posta nos autos devolve a esta Terceira Turma o debate acerca da interpretação sistemática dos arts. 1º e 8º da Lei n. 5.709/1971, a fim de definir se de sua redação resulta em impossibilidade jurídica do pedido de usucapião e conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito.

A impossibilidade jurídica do pedido, enquanto condição da ação, é reconhecida pelo sistema processual brasileiro como pré-requisito à resolução do mérito da demanda instaurada. Traduz-se na transposição para o direito processual das condições de validade dos atos jurídicos, que se encontram explicitadas no art. 104 do CC/2002. Nesse paralelo, reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido significa afirmar que a pretensão veiculada não atende a via prevista em lei ou esbarra em via de defesa em lei, não se podendo ser compreendida de forma desconectada da relação de direito material, como aliás bem salientou esta Terceira Turma no julgamento do REsp n. 1.331.115/RJ, em que se reconheceu a possibilidade jurídica do pedido porque a pretensão de direito material perseguida encontrava assento na legislação material. O acórdão ficou assim ementado:

Processual Civil. Recurso especial. Ação declaratória de inexigibilidade de obrigações. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Violação do art. 458 do CPC. Inocorrência. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Pedido. Interpretação lógico-sistemática. Causa de pedir. Exceção de contrato não cumprido. Possibilidade jurídica do pedido. Aplicação do direito à espécie.

.....

6. A formulação de pedido que objetiva tutela jurisdicional assegurada, em tese, pelo ordenamento jurídico em razão dos fatos narrados pela parte na petição inicial, em razão da adoção da teoria da asserção, resulta em possibilidade jurídica do pedido.

7. Uma vez ultrapassado o conhecimento do recurso especial, em atenção ao princípio da celeridade processual e desde que não viole o devido processo legal, abre-se ao STJ o conhecimento integral do processo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ.

8. A exceção do contrato não cumprido tem incidência temporária e efeito primordial de indução do contratante renitente ao cumprimento das obrigações contratual e voluntariamente assumidas.

9. Na hipótese dos autos, em que à época da sentença, a obrigação já se encontrava plenamente satisfeita por uma das partes, não há espaço para incidência da exceção do contrato não cumprido, por ausência de pressupostos legais.

10. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para, afastando a impossibilidade jurídica do pedido, aplicar o direito à espécie.

(REsp n. 1.331.115/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/4/2014)

Desse modo, é de se concluir que a impossibilidade jurídica do pedido será peremptoriamente declarada quando houver expressa vedação legal, assim como quando o objeto jurídico pretendido concretamente não encontrar amparo no ordenamento jurídico (REsp n. 1.733.387/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 18/5/2018; REsp n. 1.661.571/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/5/2017; REsp n. 1.314.946/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 9/9/2016; REsp n. 1.551.968/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 6/9/2016; REsp 820.759/ES, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 8/11/2007, p. 173; entre outros).

Diante dessas considerações, acompanho a Relatora Min. Nancy Andrighi quanto à questão central do voto, relativa à interpretação dos dispositivos destacados da Lei n. 5.709/1971.

Com efeito, esclarece o *caput* do art. 1º da referida lei o objeto de sua regência “o estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil **só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei**”. A forma legalmente prevista, todavia, não especifica se a aquisição será derivada ou originária, devendo, por isso, ser observada em qualquer caso de aquisição de imóvel rural por estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, e equiparados.

Nesse passo, a determinação do art. 8º da Lei n. 5.709/1971 de que a escritura pública será da essência do ato de aquisição não é suficiente para afastar a aquisição originária. Isso porque a escritura pública é mero documento dotado de natureza jurídica probatória, o qual incrementa o grau de certeza de atos privados em virtude de sua forma solene e disponibilidade pública. Todavia, todos esses atributos são passíveis de substituição pela jurisdição estatal, exercida no bojo da ação judicial de usucapião. Outrossim, o novo Código de Processo Civil viabiliza a usucapião extrajudicial, a qual terá início justamente por meio de escritura pública na qual se declare o exercício da posse do imóvel usucapiendo,

o que afasta qualquer interpretação de incompatibilidade da escritura pública e da aquisição pela via prescritiva.

Com esses fundamentos, acompanho integralmente o voto da Relatora Min. Nancy Andrichi.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.676.623-SP (2015/0213515-3)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Rodobens Administradora de Consórcios Ltda

Advogados: Candido Rangel Dinamarco - SP091537

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes e outro(s) - SP206587

Cássio Hildebrand Pires da Cunha - DF025831

Oswaldo Daguano Júnior e outro(s) - SP296878

Caroline Dal Poz Ezequiel - SP329960

Recorrido: Sociedade Paulista de Veículos S.A

Advogado: Admar Gonzaga Neto - DF010937

Recorrido: Promocasa e Carro Promotora de Vendas Ltda

Advogados: Fernando Campos Scaff - SP104111

Anna Luiza Duarte Maiello e outro(s) - SP153968

EMENTA

Recurso especial. Ação de prestação de contas. Primeira fase. Contrato de agência. Promoção de venda de quotas de consórcio. Administração de bens de terceiros. Apuração unilateral da remuneração. Posse de documentos relevantes. Dever de prestar contas. Recurso especial desprovido.

1. O recurso especial debate a viabilidade jurídica da ação de prestação de contas e o dever de prestá-las decorrente de contrato de colaboração entre empresa promotora de vendas de quotas consorciais e administradora de consórcio.

2. O vínculo entre as partes litigantes é típico contrato de agência, regulado pelos arts. 710 e seguintes do CC/2002, por meio do qual a promotora das vendas se obriga a disponibilizar ao consumidor a aquisição de quotas consorciais, mediante remuneração, recolhendo propostas e transmitindo-as a administradora do consórcio (contratante).

3. O vínculo contratual colaborativo originado do contrato de agência importa na administração recíproca de interesses das partes contratantes, viabilizando a utilização da ação da prestação de contas e impondo a cada uma das partes o dever de prestar contas a outra.

4. A remuneração devida à promotora é apurada, após a conclusão dos contratos de aquisição de quotas, podendo ser influenciada também em razão de desistências posteriores, como no caso concreto, de modo que não é possível o conhecimento de todas as parcelas que compõem a remuneração final, sem a efetiva participação da administradora.

5. A apresentação extrajudicial e voluntária das contas não prejudica o interesse processual da promotora de vendas, na hipótese de não serem elas recebidas como boas. Precedentes.

6. Recurso especial desprovido.

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, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 26.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de recurso especial interposto por Rodobens Administradora de Consórcios Ltda., fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional.

Depreende-se dos autos que Sopave - Sociedade Paulista de Veículos S.A. e outra propuseram ação de prestação de contas contra a recorrente com o objetivo de apurar eventual saldo credor decorrente de contrato relacional mantido entre elas, uma vez que a recorrente teria deixado de apresentar os valores recebidos em razão de quotas consorciais comercializadas pelas recorridas. Conforme se demonstrou, por esses contratos relacionais, a recorrente devia exercer a administração de consórcio para aquisição de bens móveis e imóveis, enquanto as recorridas eram responsáveis pela oferta e comercialização das quotas consorciais aos consumidores.

Em sentença proferida em primeira fase da ação de prestação de contas, foi reconhecido o dever de prestar de contas, determinando sua apresentação no prazo de 48 horas.

A recorrente impugnou a sentença por meio de apelação, recurso que foi desprovido pelo Tribunal de origem, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 242):

Prestação de contas. Venda de cotas de consórcio. Contrato de prestação de serviços. Dever de prestar contas

- As informações iniciais possuídas pelas apeladas eram insuficientes para se alcançar o valor efetivamente devido a título de comissão, mormente porque dependiam da informação acerca da desistência ou exclusão de consorciados cujo conhecimento era da apelante, por ser ela a responsável pela administração das cotas que apenas vendidas pelas apeladas.

- Tendo em vista que era a apelante a responsável pela elaboração do cálculo dos valores a serem pagos à suas prestadoras de serviços (apeladas) à luz dos elementos que lhe eram fornecidos pelas apeladas, não há como afastar a obrigação reconhecida pelo juízo de Primeira Instância;

- Aparta-se esta julgadora do entendimento esposado pela apelante no que se refere à impossibilidade de utilização da ação de prestação de contas como sucedâneo da ação de cobrança, porque, em verdade, a ação de prestação de contas tem caráter dúplice na medida em que a segunda fase de seu procedimento tem por escopo não só julgar as contas prestadas, mas também, fixar o valor do eventual saldo existente, que poderá ser cobrado em execução forçada, nos termos do art. 918 do CPC.

Recurso improvido.

Opostos embargos de declaração, foram eles acolhidos, sem efeitos modificativos, tão somente para acrescentar à fundamentação que a discordância com as contas apresentadas extrajudicialmente assegura à parte o interesse para a propositura desta ação (e-STJ, fls. 256-261).

Nas razões do presente recurso especial, a recorrente aponta a violação dos arts. 3º, 267 e 914 do CPC/1973. Sustenta que, apresentadas as contas voluntariamente e antes da propositura da presente demanda, não se poderia reconhecer a existência de interesse processual para ação de prestação de contas, de modo que sua utilização se dá como sucedâneo de ação de cobrança. Outrossim, sustenta que o contrato que pautou a relação jurídica entre as partes litigantes não transferiu à recorrente a administração de bens ou interesses das recorridas, mas sim dos consumidores que adquiriram as quotas consorciais. Desse modo, a administradora não teria a obrigação de prestar contas à sua parceira, cuja atuação era estritamente de intermediação, remunerada por comissão.

Em juízo prévio de admissibilidade, o Tribunal de origem inadmitiu o recurso especial, dando azo à interposição de agravo, o qual foi convertido pela Terceira Turma para posterior julgamento em pauta (e-STJ, fl. 397).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Cinge-se a controvérsia a definir a viabilidade da utilização da ação de prestação de contas para apuração de eventual saldo, e sua posterior execução, decorrente de contrato relacional firmado entre administradora de consórcios e empresa responsável pela oferta das quotas consorciais a consumidores.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da utilização da ação de prestação de contas se orientou conforme a identificação da existência de uma relação de direito material consubstanciada em administração de interesses de terceiros.

Com efeito, a natureza jurídica da relação de direito material encontra-se presente na *ratio decidendi* no enunciado n. 259/STJ (“a ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária”), bem como, na via reversa, serviu de fundamento central para o afastamento do interesse de agir de clientes bancários para discutir relações de mútuo feneratício, conforme se extrai da seguinte ementa:

Processo Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Ação de prestação de contas. Contratos de mútuo e financiamento. Interesse de agir. Inadequação da via eleita.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: “Nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas.”

2. No caso concreto, recurso especial não provido.

(REsp n. 1.293.558/PR, Rel. *Min. Luis Felipe Salomão*, Segunda Seção, DJe 25/3/2015)

Isso porque a ação de prestação de contas possui rito especial, muito mais célere e simplificado, no intuito de obter o rápido acertamento de lançamentos havidos a crédito ou a débito para, ao final, declarar a existência de saldo em favor de uma das partes. E essa maior celeridade somente se justifica em razão da existência de uma relação jurídica, na qual as partes reconhecem a transferência da administração de seus bens ou interesses a outrem. Ao aceitar o encargo de administrar interesses jurídicos de terceiros, nasce também, por decorrência lógica, o dever de prestar ao titular do direito todas as informações necessárias a respeito da administração, especialmente aquelas que se referem a pagamentos e recebimentos realizados em seu nome e que demonstram o efetivo resultado da administração realizada.

Desse modo, uma vez que não está em julgamento uma relação de mútuo, tampouco se vislumbra a existência de um contrato bancário, é, portanto, imprescindível se perquirir a natureza jurídica do contrato firmado entre as partes litigantes, a fim de se concluir se há interesse jurídico para propositura da demanda, mantendo-se a coerência dos precedentes desta Corte Superior.

No caso dos autos, é incontroverso que as partes firmaram contrato pelo qual a recorrida promovia a venda de quota de consórcio administrado pela recorrente. É o que se depreende da descrição do contrato feita pela recorrida em sua petição inicial (e-STJ, fl. 2-3):

Sendo reconhecida a importância da *Sopave* no ramo de automóveis, foi então contratada pela Ré, conhecida empresa que atua no ramo de consórcio de bens e que, no âmbito de tais atividades, promove a formação de grupos para a aquisição cooperada de bens móveis duráveis e de imóveis.

Nesse sentido, buscando-se a união de esforços de tais empresas - líderes em seus ramos de atuação - que visavam ampliar os empreendimentos destinados à venda de quotas de consórcios no Estado de São Paulo e em outras unidades

da Federação, formalizaram as partes as suas obrigações e direitos, o que fizeram por meio de um contrato inicialmente celebrado no ano de 2000, denominado Convênio - Consórcio de Automóveis e Bens Imóveis, tendo por partes, inicialmente, a empresa Ré e a *Sopave S.A.* - Sociedade Paulista de Veículos.

Naquele contrato, estabeleceu-se que a “venda das quotas será feita pela equipe própria de vendedores” da *Sopave* (cláusula segunda, item 2.1).

Também ajustaram as partes que a análise dos documentos referentes à venda das quotas de consórcio caberia apenas e tão-somente à “contratante”, Ré nesta ação, o que se ajustou de acordo com o item 4.2, cláusula quarta do contrato celebrado, dotado da seguinte redação:

4.2- Da cobrança e análise de documentos: Não cabe à **contratada** nenhuma responsabilidade quanto à cobrança das parcelas, atribuição de crédito, análise de cadastros e análise de documentações de imóveis, correndo por conta da **contratante** todas as despesas com o funcionamento de tais serviços.

Tal qual descrita, a relação contratual configura típico contrato de agência (art. 710 do CC/2002), porquanto a recorrida, mais do que aproximar as partes – consumidor e administradora de consórcios – se responsabilizava pela oferta e venda das quotas, por equipe própria, sem vínculo de subordinação entre as partes contratantes e mediante pagamento da remuneração ajustada, tendo por finalidade recolher ou agenciar propostas para transmiti-las ao representado.

Diferentemente do contrato de corretagem, no qual o intermediador deve atuar com imparcialidade em relação a comprador e vendedor, o agente atua, permanente, profissional e habitualmente, em favor do representado (DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. v. 3, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 566). Nesse sentido ainda é atual a lição de Carvalho de Mendonça que reconhecia o representante comercial como um meio-termo entre vendedor e comissário, que (*apud* REQUIÃO, Rubens. Aspectos jurídicos da representação comercial, 1950.64 f. Tese Livre-docência. Congregação da Faculdade de Direito do Paraná, Curitiba, 1950, p. 30)

encarregado de achar compradores solventes para as mercadorias de casas localizadas em outras praças. O representante, prossegue, não obra em seu nome nem como mandatário da casa, cujas mercadorias procura colocar; não figura como comprador perante o vendedor, ou vice-versa; não assume responsabilidade pecuniária; limita-se a diligenciar os negócios e aproximar os contratantes, pondo-os em relações diretas. É quase um corretor, mas um corretor agente de informações, que à habilidade no trato mercantil precisa reunir grande tino e grande prudência

A recorrida, como é da essência do contrato de agência, agia, portanto, no intuito de conseguir o que interessava à recorrente; atuava em seu interesse. Noutras palavras, é da essência dessa relação contratual a existência de administração de interesses de outrem, ou seja, da representada.

Em síntese, apesar de não ser gestora, mandatária ou administradora, como pontua o acórdão recorrido (e-STJ, fl. 244), no sentido técnico-jurídico desses termos, era a recorrente a parte representada em um contrato colaborativo de agência, no qual cada parte exercia sua obrigação e não detinha sozinha o conhecimento de todas as parcelas relevantes para o fiel cumprimento do contrato entre elas estipulado. Nesse cenário, é evidente o dever da recorrida de prestar contas à representada e, por igual, em reciprocidade, da representada à recorrida, sendo corolário lógico o reconhecimento da legitimidade ativa e passiva das partes contratantes. Tanto é assim que a própria recorrente afirma ter prestado as contas voluntariamente, denotando que ela também se entendia como devedora dessa obrigação de fazer.

Pois bem, definida a existência do dever de prestar contas, deve-se prosseguir na análise da existência do interesse processual, porquanto a recorrente alega que a obrigação teria sido cumprida voluntariamente, de modo que esta ação já não guardaria utilidade. Nesse ponto, sublinha-se que a presente ação se encontra na primeira fase e ainda não é devida qualquer análise quanto às contas em si, boas ou não.

Isso posto, enfatiza-se que a recorrida não era responsável pela conclusão dos negócios jurídicos entre consumidor e recorrente, não tendo, por consequência, acesso inequívoco aos documentos em que se baseava a apuração de sua remuneração. Além disso, ainda havia no presente contrato de agência a peculiaridade de que, na hipótese de desistência do consorciado, havia desconto da comissão.

É o que esclarece o acórdão recorrido (e-STJ, fl. 244):

Ademais, oportuno salientar, nesse particular, que apesar de boa parte dos dados utilizados para o cálculo dos valores referentes às comissões virem do próprio trabalho das apeladas, extrai-se do teor das cláusulas “a- 1-2” e “a- 1-3” que em caso de desistência dos consorciados, deveria ser restituído certo percentual das comissões já recebidas, sendo certo, ainda, que referido montante poderia ser pago ou compensado das comissões a receber, ou seja, há que se acertar, em face do que disciplinam estas cláusulas, um cálculo decorrente da relação de crédito/débito.

Nota-se, assim, que a sistemática de pagamento da remuneração devida se fazia por meio de conta-corrente, em que tanto os lançamentos a crédito como a débito eram realizados unilateralmente pela recorrente. A discriminação desses lançamentos, que se alega já ter ocorrido, não é suficiente, todavia, para exaurir o interesse processual, na modalidade utilidade, da ação de prestação de contas.

Aliás esse entendimento, há muito foi agasalhado por esta Corte Superior, em julgamentos realizados sob o enfoque dos contratos de contas-correntes bancárias, quando se entendeu que a ausência de resistência quanto ao dever de prestar contas, além de viabilizar a submissão da parte à primeira fase do procedimento, não afastava a utilidade da ação e o interesse do consumidor.

Nesse sentido (sem destaques no original):

Processo Civil. Ação de prestação de contas ajuizada por correntista. Extratos bancários emitidos e apresentados extrajudicialmente. Divergência quanto aos lançamentos. Interesse de agir. Supressão da primeira fase. Critério de fixação dos ônus da sucumbência. Recurso conhecido e provido.

I - Ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constantes, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos.

II - O interesse de agir decorre, em casos tais, do fato de que "o obrigado a contas se presume devedor enquanto não prestá-las **e forem havidas por boas**".

III - Sendo certo, porém, que o fornecimento periódico de extratos de movimentação de conta corrente pela instituição bancária traduz reconhecimento de sua obrigação de prestar contas, injustificável se afigura, por ausência de litigiosidade em relação a tanto, a divisão do rito em duas fases (art. 915), constituindo imperativo de ordem lógica a supressão da primeira, cuja finalidade (apuração da existência de obrigação de prestar contas) resta, em face de tal reconhecimento, esvaziada e superada.

IV - Adstrito o âmbito da controvérsia tão-somente a exatidão, ou não, das contas extrajudicialmente apresentadas, apenas em função do êxito e fracasso das partes a esse respeito e que se há de balizar a fixação dos ônus da sucumbência.

(REsp n. 12.393/SP, Rel. *Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Quarta Turma, DJ 28/3/1994, p. 6324)

Esse foi o entendimento que, por fim, prevaleceu nesta Corte Superior, resultando na edição da Súmula 259/STJ, já mencionada, para a qual o referido julgamento serviu de precedente.

De fato, o dever de prestar contas desborda a mera demonstração pormenorizada, parcela a parcela, dos débitos e créditos, e só será tido por adimplido após serem as contas apresentadas julgadas boas. Não se dando por satisfeito com as contas voluntariamente apresentadas, portanto, remanesce o interesse da parte recorrida em propor a presente ação de prestação de contas. Outrossim, no caso dos autos, como a recorrente resiste até mesmo ao dever de prestar, não é sequer dispensável a primeira fase.

Por último, não sensibiliza o argumento da recorrente de que não seria admissível subordinar ao alvedrio de quem recebe as contas a decisão se elas são boas ou não (e-STJ, fl. 276). Isso porque a possibilidade de propositura da presente ação é o extremo oposto dessa afirmação: não se deixa ao alvedrio de nenhuma das partes; a decisão quanto as contas é matéria da segunda fase do procedimento e será decidida pelo Poder Judiciário, por meio desta demanda, na hipótese em que as contratantes não consigam chegar sozinhas a um consenso.

Com esses fundamentos, conheço do recurso especial para negar-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.760.966-SP (2018/0145271-6)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Lenyara Sabrina Lucisano

Advogado: Fernando Henrique Almeida F. Bardi F. de Souza - SP236794

Recorrido: Pallone Centro Automotivo Comercio e Importacao Ltda

Advogado: Daiara Fornasier Morone Vinelli - SP342814

Recorrido: BFB Leasing S/A Arrendamento Mercantil

Advogado: Luís Henrique Higasi Narvion - SP154272

EMENTA

Recurso especial. Pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Arts. 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015.

Juízo de Primeiro Grau que revogou a decisão concessiva da tutela, após a apresentação da contestação pelo réu, a despeito da ausência de interposição de agravo de instrumento. Pretendida estabilização da tutela antecipada. Impossibilidade. Efetiva impugnação do réu. Necessidade de prosseguimento do feito. Recurso especial desprovido.

1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno.

2. O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

2.1. Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito. Caso concedida a tutela, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação, na forma prevista no art. 334 do CPC/2015. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 do referido diploma processual.

3. Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no *référé* do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que

ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015.

3.1. Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim.

3.2. É de se observar, porém, que, embora o *caput* do art. 304 do CPC/2015 determine que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença.

5. Recurso especial desprovido.

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, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 7.12.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Lenyara Sabrina Lucisano ajuizou pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente em desfavor de BFB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil e Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação Ltda., buscando “excluir o nome da autora como proprietária do veículo *Fiat/Palio Fire Economy*, ano 2009/2010, placa EEQ2067 nos cadastros do *Detran* SP e da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo”, bem como “a declaração da cessação da responsabilidade da autora sobre os débitos do veículo a partir de 1º de dezembro de 2011 e a condenação das requeridas em danos materiais e morais e verbas sucumbenciais” (e-STJ, fls. 30-31).

O Juízo de primeiro grau reconheceu a sua incompetência no que pertine ao pedido de tutela antecipada, sob o fundamento de que, “embora a ação original se refira a compra e venda de bem móvel, há questão referente à obrigação tributária, vale dizer, ao pagamento do IPVA, bem como a exclusão do nome da parte autora pelos débitos posteriores à alienação do veículo, pretendendo a autora a exclusão de seu nome como proprietária do veículo junto à Ciretran e Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo”, sendo certo que o “referido pedido não pode ser cumulado com a ação indenizatória, nos termos do art. 327, § 1º, inciso II, pois este juízo não é competente para análise de pedidos nos quais deve haver a participação de ente de direito público” (e-STJ, fl. 64).

Diante disso, foi deferido à autora o prazo de 15 (quinze) dias para aditar a inicial, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.

A autora, então, aditou a inicial, ocasião em que pleiteou “a condenação da 2ª Requerida [Pallone] na obrigação de promover nos registros do Detran/SP a transferência, para o seu nome, do veículo *Fiat/Palio Fire Economy*, ano 2009/2010, placa EEQ2067, descrito na inicial, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de pagamento de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao dia, bem como na condenação ao pagamento de danos materiais relativos aos valores eventualmente pagos a título de IPVA e multas referentes ao veículo *Fiat/Palio Fire Economy*, ano 2009/2010, placa EEQ2067, a serem apurados em sede de liquidação de sentença, e a condenação das requeridas em danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada, além das verbas sucumbenciais” (e-STJ, fls. 36-37).

Após o referido aditamento da inicial, o Juízo de primeiro grau deferiu o pedido de tutela “para determinar que a corré, Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação *Ltda*, proceda à transferência do veículo Fiat/Palio Fire Economy, placa EEQ 2067, para sua titularidade, no prazo de dez dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais)” (e-STJ, fl. 62), sendo designada, na mesma oportunidade, audiência de conciliação, além de determinar a citação e intimação dos réus.

A ré Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação se antecipou e ofereceu contestação, embora o prazo ainda não tivesse sido iniciado, ocasião em que pleiteou expressamente a revogação da tutela deferida, sob o argumento de que era impossível o seu cumprimento, além do julgamento de improcedência do pedido (e-STJ, fls. 38-59).

O Juízo de primeiro grau, por sua vez, revogou a tutela antecipada concedida, com a exclusão da multa diária estipulada, tendo em vista “a impossibilidade de seu cumprimento, eis que o documento de transferência do veículo se encontra em nome de Paulo de Oliveira, de maneira que inexistem condições para que a requerida Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação transfira o veículo para seu nome, tornando impossível o cumprimento da tutela provisória” (e-STJ, fl. 9).

Contra essa decisão, Lenyara Sabrina Lucisano interpôs agravo de instrumento, ao argumento, em síntese, de que, como não houve recurso da

decisão que havia deferido a tutela, operou-se a estabilização de seus efeitos, nos termos do art. 304, *caput* e §§ 2º, 3º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, todavia, negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Tutela provisória. Art. 1.015, inciso I, do CPC. Autor que indicará na petição inicial que pretende valer-se do benefício da estabilização dos efeitos da tutela. Art. 303, § 5º, do Código de Processo Civil. *Pedido. Boa-fé.* Interpretação do pedido que considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé (cf. art. 322, § 2º, do CPC). Negado provimento.

Posteriormente, os embargos de declaração opostos ao referido *decisum* foram acolhidos, em parte, apenas para sanar erro material.

Daí o presente recurso especial, em que a recorrente alega que o acórdão recorrido, ao não reformar a decisão que revogou a tutela antecipada antecedente concedida, contrariou o artigo 304, *caput*, §§ 2º, 3º, 5º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015.

Sustenta que “o r. acórdão guerreado, *data maxima venia*, faz uma interpretação equivocada do parágrafo 5º do artigo 303 do Código de Processo Civil, no sentido da necessidade de se requerer na inicial a aplicação dos efeitos da estabilização da demanda”, porquanto “essa interpretação colide com a doutrina dominante, segundo a qual o artigo 303, § 5º, do CPC autoriza, desde que expressamente consignado na petição inicial, o requerimento, tão somente, da antecipação da tutela satisfativa, complementando-se os demais pedidos em aditamento” (e-STJ, fl. 127).

Na hipótese, as recorridas não interpuseram agravo de instrumento contra a concessão da tutela, razão pela qual “a tutela concedida tornou-se estável, não sendo passível de reconsideração nos autos em que foi proferida”, sendo certo que “o artigo 304, § 6º, do CPC é claro ao afirmar que a decisão que concede a tutela de urgência não fará coisa julgada. Todavia, a estabilidade de seus efeitos somente pode ser afastada por decisão proferida em ação ajuizada por uma das partes, na inteligência dos §§ 2º e 3º do artigo 304 do CPC” (e-STJ, fl. 128).

Dessa forma, “enquanto as recorridas não ajuizarem ação autônoma que vise a revisão, reforma ou a invalidação da tutela concedida, seus efeitos permanecem estáveis, não podendo ser modificados nos autos em que foi proferida” (e-STJ, fl. 129).

Busca, assim, o provimento do recurso especial para que seja cassada a decisão que revogou a tutela antecipada concedida, reconhecendo-se a

estabilização de seus efeitos, em conformidade com o disposto nos arts. 303 e 304 do CPC/2015.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): A controvérsia discutida no presente feito consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno.

1. Delimitação fática.

Colhe-se dos autos que Lenyara Sabrina Lucisano, ora recorrente, em dezembro de 2011, entregou o veículo *Fiat/Palio* como parte do pagamento na aquisição de um novo automóvel, ocasião em que comprovou a quitação do financiamento do referido veículo junto à BFB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil e forneceu a documentação necessária para a transferência do registro para o nome de terceiro adquirente, Paulo de Oliveira, que, igualmente, contratara com a recorrida Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação Ltda.

Lenyara Sabrina Lucisano, portanto, adquiriu um automóvel da Pallone, dando, como parte do pagamento, o seu veículo *Fiat/Palio*, e a Pallone vendeu o referido veículo da ora recorrente a Paulo de Oliveira, na mesma oportunidade.

Ocorre que, em outubro de 2016, a autora Lenyara foi surpreendida com o recebimento de uma carta de “Comunicação de Lançamento de IPVA”, relativa ao exercício do ano de 2016, no valor de R\$ 860,92 (oitocentos e sessenta reais e noventa e dois centavos).

Por essa razão, Lenyara manejou pedido de tutela antecipada de caráter antecedente em desfavor de BFB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil e Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação Ltda., alegando, em síntese, que, conquanto ciente de que o veículo não era mais de sua propriedade desde 1º de dezembro de 2011, a primeira requerida fizera a comunicação de venda do bem em seu nome apenas no ano de 2015, enquanto a segunda requerida

teria negligenciado totalmente os termos do contrato com ela celebrado, o qual impunha a responsabilidade da adquirente pelo pagamento dos débitos atrelados ao veículo a partir de 1º de dezembro de 2011.

Inicialmente, o Juízo de primeiro grau deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando que a requerida Pallone procedesse à transferência do veículo para a sua titularidade no prazo de dez dias, sob pena de multa diária.

Ocorre que, após a contestação apresentada pela Pallone, na qual pleiteou-se expressamente a revogação da tutela deferida, o Magistrado *a quo* proferiu a seguinte decisão (e-STJ, fl. 9):

No tocante à decisão liminar, reconheço a impossibilidade de seu cumprimento, eis que o documento de transferência do veículo se encontra em nome de Paulo de Oliveira, de maneira que inexistem condições para que a requerida Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação transfira o veículo para seu nome, tornando impossível o cumprimento da tutela provisória.

Desta forma, revogo a tutela antecipada concedida às fls. 49, decisão que acarretará a carência no que se refere à cobrança da multa estipulada.

A referida decisão foi impugnada pela autora por meio de agravo de instrumento, ao argumento de que não seria possível a reconsideração do deferimento da tutela antecipada, visto que a mesma já estava estabilizada, em razão da ausência de interposição de recurso pelas requeridas.

O Tribunal de origem, contudo, negou provimento ao recurso, mantendo a decisão agravada, apoiando-se nos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 98-99):

(...), confirma-se ora em sede de juízo de deliberação a conclusão de que o pleito de concessão de tutela provisória de urgência antecipada antecedente, ao contrário do alegado pela agravante, não seguiu o procedimento legal adequado, com destaque à inobservância do disposto no art. 303, § 5º, do Código de Processo Civil.

Com efeito, a agravante ajuizou a presente ação com pedido de tutela antecipada sem indicar claramente na petição inicial que pretendia valer-se do benefício previsto no *caput* do art. 303, tampouco seguindo-se o procedimento correlato a posteriori, *in verbis*:

(...)

Nessa senda, a decisão que deferiu a liminar pleiteada a priori, tampouco consignou tratar-se do referido procedimento excepcional; determinando a citação da parte ré apenas para apresentar contestação.

A interpretação do pedido, por sua vez, impõe a consideração do conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé (cf. art. 322, § 2º, do CPC), concluindo-se pela infrutuosidade dos argumentos lançados no recurso.

Feito esse breve relato dos fatos, passo ao exame do mérito recursal.

2. Da apontada negativa de vigência dos arts. 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015

No CPC de 1973, a tutela antecipada poderia ser requerida na própria petição inicial, juntamente com o pedido principal, ou no decorrer do processo, isto é, incidentalmente.

O Código de Processo Civil de 2015, no entanto, além das referidas hipóteses, traz a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito.

Caso concedida a tutela antecipada antecedente, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma prevista no art. 334. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

O referido dispositivo legal está assim redigido:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Uma das grandes novidades trazidas pelo novo diploma processual civil é a possibilidade de *estabilização* da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, disciplinada no referido art. 303.

Essa previsão foi trazida pelo art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015, que assim dispõe:

Art. 304. *A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.*

§ 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade

dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

Como visto, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução do mérito.

No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim.

O referido instituto, que foi inspirado no *référé* do Direito francês, serve para abarcar aquelas situações em que as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença). Em outras palavras, o autor fica satisfeito com a simples antecipação dos efeitos da tutela satisfativa e o réu não possui interesse em prosseguir no processo e discutir o direito alegado na inicial.

Imagine-se, por exemplo, que o indivíduo formule um requerimento administrativo junto a um cadastro de inadimplentes (Ex.: *Serasa*), pleiteando a retirada de seu nome, sob a alegação de ser indevida a negativação. O *Serasa*, por sua vez, responde dizendo que somente com ordem judicial poderá excluir o nome do requerente do cadastro negativo.

Na hipótese, caso o indivíduo consiga o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, com o objetivo exclusivo de retirar seu nome do cadastro negativo, certamente ficará satisfeito, não havendo necessidade de se prosseguir com o processo em busca de uma tutela final. O *Serasa*, por sua vez, também não terá interesse em recorrer da decisão, tampouco de prosseguir no litígio com o autor, pois apenas precisava de uma “autorização” judicial para retirar o nome do autor do respectivo cadastro, sendo despidendo, para ele, a discussão acerca do débito que originou o registro negativo.

Nesse caso, o processo será extinto, sem resolução de mérito, e a decisão concessiva da tutela antecipada se estabilizará.

A ideia central do instituto, portanto, é que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, *nem o autor e nem o réu tenham interesse no prosseguimento do feito*, isto é, não queiram uma decisão com cognição exauriente do Poder Judiciário, apta a produzir coisa julgada material.

Por essa razão, é que, conquanto o *caput* do art. 304 do CPC/2015 determine que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo *recurso*”, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de *impugnação* pela parte contrária.

Sem embargo de posições em sentido contrário, o referido dispositivo legal disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada.

Nessa perspectiva, caso a parte não interponha o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que defere a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, mas, por exemplo, se antecipa e apresenta contestação refutando os argumentos trazidos na inicial e pleiteando a improcedência do pedido, evidentemente não ocorrerá a estabilização da tutela.

Ora, não se revela razoável entender que, mesmo o réu tendo oferecido contestação ou algum outro tipo de manifestação pleiteando o prosseguimento do feito, a despeito de não ter recorrido da decisão concessiva da tutela, a estabilização ocorreria de qualquer forma.

Com efeito, admitir essa situação estimularia a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, quando bastaria uma simples manifestação do réu afirmando possuir interesse no prosseguimento do feito, resistindo, assim, à pretensão do autor, a despeito de se conformar com a decisão que deferiu os efeitos da tutela antecipada.

Da mesma forma, tal situação também acarretaria um estímulo desnecessário no ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

Daniel Assumpção, ao tratar desse tema, bem esclarece essa questão, ao consignar o seguinte:

Há entendimento doutrinário no sentido de ser afastada a estabilização ora analisada havendo impugnação da decisão concessiva da tutela antecipada por qualquer forma, recursal ou não. Também a contestação do réu é apontada como hábil a evitar a estabilização da tutela antecipada. Nesse caso, é preciso lembrar que o art. 303, II, do Novo CPC, prevê que no pedido de tutela antecipada antecedente o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, prevista no art. 334 do Novo CPC. Significa dizer que o réu não será

intimado para contestar, sendo que, tecnicamente, seu prazo para a apresentação de defesa nem terá se iniciado. *É natural que se o réu se adiantar e já contestar o pedido a tutela antecipada não se estabilizará. Mas também não deve ser descartada a possibilidade de o réu simplesmente peticionar nos autos expressando o desejo de participar de tal audiência, o que demonstrará, de forma clara, sua intenção de que o procedimento siga seu rumo regular.*

Tenho um entendimento ainda mais amplo, admitindo que qualquer forma de manifestação de inconformismo do réu, ainda que não seja voltado à impugnação da decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, é o suficiente para se afastar a estabilização prevista no art. 304 do Novo CPC. O réu pode, por exemplo, peticionar perante o próprio juízo que concedeu a tutela antecipada afirmando que, embora não se oponha à tutela antecipada concedida, não concorda com a estabilização, e que pretende a continuidade do processo com futura prolação de decisão de mérito fundada em cognição exauriente, passível de formação de coisa julgada material.

(NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil - Volume Único**. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 452 - sem grifo no original)

Na mesma linha de entendimento, Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira sustentam que “se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização - afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada” (**Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 12ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 690).

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero também entendem dessa forma, afirmando que “se o réu não interpuser o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo - ou ainda manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do processo. (**Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 418).

Na hipótese, o Tribunal de origem entendeu que não poderia ocorrer a estabilização da tutela antecipada porque a autora “ajuizou a presente ação com pedido de tutela antecipada *sem indicar claramente na petição inicial que pretendia valer-se do benefício previsto no caput do art. 303*, tampouco seguindo-se o procedimento correlato *a posteriori*” (e-STJ, fl. 98 - sem grifo no original).

Tal entendimento, contudo, revela-se equivocado.

Isso porque, da leitura da petição inicial de fls. 24-32 (e-STJ), verifica-se que a autora manejou uma “tutela de urgência antecipada antecedente com pedido liminar”, ocasião em que pleiteou “o direito ao posterior aditamento da inicial para complementação dos pedidos”, como, de fato, ocorreu.

Dessa forma, embora a autora não tenha afirmado expressamente que pretendia valer-se do benefício previsto no *caput* do art. 303 do CPC/2015 - que permite a formulação de uma petição inicial resumida para posterior aditamento -, conforme determina o seu parágrafo 5º, é possível concluir, sem qualquer dúvida, que essa era a intenção da requerente, sobretudo em razão da existência de capítulo próprio pleiteando o direito de aditar posteriormente a petição inicial, procedimento que só se verifica na sistemática do referido art. 303.

Entretanto, no caso concreto, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a requerida Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação apresentou “contestação com pedido de liminar”, pleiteando expressamente a revogação da referida decisão concessiva da tutela, argumentando ser impossível o seu cumprimento, pois o automóvel estava registrado em nome de terceira pessoa, visto que a ré havia apenas intermediado a negociação do veículo.

Esse argumento foi acolhido pelo Juízo de primeiro grau, que reconsiderou a decisão concessiva da tutela antecipada e determinou o prosseguimento do feito.

Nesse caso, na linha dos fundamentos declinados neste voto, não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, pois, a despeito de não ter havido recurso contra a decisão que a concedeu, a ré apresentou contestação, inclusive com pedido expresso de revogação do respectivo *decisum*.

Por essas razões, nada há a ser modificado no entendimento manifestado pelas instâncias ordinárias, que afastaram o reconhecimento da estabilização da

tutela pretendida pela autora, ora recorrente, e determinaram o prosseguimento do feito.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.762.786-SP (2018/0087018-1)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Guilherme Cereta de Lima

Advogados: Joaquim Pedro de Oliveira e outro(s) - DF002191

Carlos Eduardo da Silva - SP231879

Carlos Eduardo Corrêa da Silva e outro(s) - SP222710

Recorrido: Eduardo Pereira Rodrigues

Advogados: André Muszkat e outro(s) - SP222797

Bruno da Silva Madeira - SP343967

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Agressões. Físicas e verbal. Moral. Árbitro. Partida de futebol. Responsabilidade civil. Jogador. Ato ilícito. Configuração. Conduta. Desproporcionalidade. Dano à honra e imagem. Configuração. Reparação devida. Justiça Comum. Condenação. Justiça Desportiva. Irrelevância.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. A controvérsia a ser dirimida no recurso especial reside em verificar se as agressões físicas e verbais perpetradas por jogador profissional contra árbitro de futebol, na ocasião de disputa da partida final de importante campeonato estadual de futebol, constituem ato

ilícito indenizável na Justiça Comum, independentemente de eventual punição aplicada na esfera da Justiça Desportiva.

3. Nos termos da Constituição Federal e da Lei n. 9.615/1998 (denominada “Lei Pelé”), a competência da Justiça Desportiva limita-se a transgressões de natureza eminentemente esportivas, relativas à disciplina e às competições desportivas.

4. O alegado ilícito que o autor da demanda atribui ao réu, por não se fundar em transgressão de cunho estritamente esportivo, pode ser submetido ao crivo do Poder Judiciário Estatal, para que seja julgado à luz da legislação que norteia as relações de natureza privada, no caso, o Código Civil.

5. A conduta do jogador, mormente a sorrateira agressão física pelas costas, revelou-se despropositada e desproporcional, transbordando em muito o mínimo socialmente aceitável em partidas de futebol, apta a ofender a honra e a imagem do árbitro, que estava zelando pela correta aplicação das regras esportivas.

6. O evento no qual as agressões foram perpetradas, final do Campeonato Paulista de Futebol, envolvendo dois dos maiores clubes do Brasil, foi televisionado para todo o país, o que evidencia sua enorme audiência e, em consequência, o número de pessoas que assistiram o episódio.

7. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso, decide a Terceira Turma, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 26.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Guilherme Cereta de Lima*, com fundamento no artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Indenização por danos morais. Futebol. Disciplina desportiva. Sentença de procedência, condenando o réu a indenizar danos morais no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao autor. Irresignação do réu. Atuação subsidiária da Justiça comum. Suficiência, no caso, da punição disciplinar da Justiça desportiva. Inteligência do artigo 217, § 1º, da Constituição Federal. Justiça estatal que deve, a princípio, ser deferente à atuação da Justiça desportiva.

Inocorrência de ofensas anormais, que tenham transbordado às práticas desportivas e atingido excepcionalmente a moral do apelado. Danos morais descaracterizados. Sentença reformada.

Recurso provido (fl. 235 e-STJ).

Em suas razões (e-STJ fls. 251/268), o recorrente aponta violação do artigo 186 do Código Civil ao fundamento de que as injustas agressões físicas e verbais perpetradas por jogador profissional contra ele, no momento que em apitava o segundo jogo da final do Campeonato Paulista de Futebol do ano de 2015, constituem ato ilícito e geram o dever de reparação.

Afirma que não pode prevalecer o entendimento sufragado pela Corte estadual de que a condenação na esfera desportiva é suficiente para “solucionar o dano e a humilhação sofridos pelo Recorrente”, sendo perfeitamente possível a pretensão de indenização por danos morais na esfera da Justiça Comum.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 274/288), e inadmitido o recurso na origem, determinou-se a conversão do agravo (AREsp n. 1.278.641/SP) em recurso especial para melhor exame da matéria (e-STJ fl. 367).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O recurso merece prosperar.

O julgamento do recurso especial é realizado com base nas normas do Código de Processo Civil de 2015 por ser a lei processual vigente na data de

publicação da decisão ora impugnada (cf. Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

A controvérsia a ser dirimida reside em verificar se as agressões físicas e verbais perpetradas por jogador profissional contra árbitro de futebol, quando da disputa da partida final de importante campeonato estadual de futebol, constituem ato ilícito indenizável na Justiça Comum, independentemente de eventual punição aplicada na esfera da Justiça Desportiva.

1. Histórico

Noticiam os autos que Guilherme Cereta de Lima, ora recorrente, ajuizou ação de indenização por danos morais contra Eduardo Pereira Rodrigues (conhecido como “Dudu”), ora recorrido, em decorrência de agressões verbais e físicas que alega ter sofrido do referido jogador na final do Campeonato Paulista de Futebol profissional do ano de 2015, entre as agremiações do Santos Futebol Clube e da Sociedade Esportiva Palmeiras, enquanto arbitrava a partida.

Segundo a exordial, após um desentendimento do senhor Eduardo Pereira Rodrigues com um adversário em campo, o recorrente expulsou os dois atletas, momento em que o jogador, em ato reputado desleal, correu em direção do autor da demanda, atingido-o fortemente pelas costas com seu antebraço, além de ofendê-lo com as seguintes palavras, devidamente relatadas na súmula da partida: “você é um safado, sem vergonha, veio aqui roubar a gente, seu filho da puta, mau caráter, ladrão” (e-STJ fl. 4).

Sustenta o autor que as ofensas foram veiculadas por emissoras de televisão de todo o mundo, bem como na rede mundial de computadores, dada a grande visibilidade da partida, final de um campeonato importante, circunstância que lhe teria causado inegável dano de natureza moral.

Aduz, ainda, para realçar a gravidade da conduta do réu, que a Justiça Desportiva o condenou à pena de suspensão das atividades esportivas pelo período de 180 (cento e oitenta dias), uma das maiores punições naquela esfera.

A Juíza de primeiro grau julgou procedente o pedido autoral em decisão assim fundamentada:

(...)

Trata-se de ação de indenização por danos morais.

De acordo com o que consta nos autos, restou configurada a conduta ilícita perpetrada pelo requerido - este jogador de futebol - em face do requerente -

este árbitro da partida de futebol -, na medida em que o réu, após se desentender com jogador do time adversário e de ter sido expulso do jogo, veio a agredir o autor, pelas costas, além de tê-lo ofendido com palavras de baixo calão (“safado, ladrão, mau caráter, sem vergonha e filho da puta”).

A agressão física, como também os xingamentos não foram genéricos ou corriqueiros, como quer fazer crer a parte contrária. Ao contrário, foram dirigidos diretamente ao autor, enquanto árbitro da partida, sendo que, posteriormente, tais fatos acabaram sendo divulgados pela mídia social; o que, de certa forma, veio a agravar a situação ocorrida, tornando-se mundialmente conhecidas as ofensas praticadas pelo réu.

Com sua conduta, o réu não só deixou de respeitar a ética e as regras do futebol, tanto é que foi punido pela Justiça Desportiva -, bem como veio a ofender a imagem e a honra do requerente, que apenas fazia cumprir as regras do jogo em questão, ultrapassando, assim, o grau de mero desentendimento, este, de certa forma, comum em partidas de futebol, onde os ânimos se exaltam pela própria dinâmica da disputa. Mas os excessos não podem ser admitidos.

Há julgados no E. Tribunal de Justiça de São Paulo ressaltando a possibilidade de condenação por danos morais decorrentes destes próprios excessos verbais praticados no calor de atividade esportiva:

(...)

Ponderando-se todos os fatores explicitados, conclui-se que a quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) mostra-se razoável para atender o binômio reparação-reprimenda.

Posto isso, e tudo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente a presente ação de indenização por danos morais, condenando-se o requerido a pagar ao requerente o valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a título de danos morais, corrigidos monetariamente a partir da presente data, acrescidos de juros de 1% ao mês, a partir da citação.

Em razão da sucumbência, condeno ainda o requerido ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios em 15% do valor da condenação (e-STJ fls. 174/176 - grifou-se).

A Corte de origem, por maioria, em julgamento estendido da apelação interposta pelo réu/recorrido, reformou a sentença primeva de procedência do pedido. Eis a fundamentação do voto condutor do acórdão recorrido:

(...)

Trata-se de ação indenizatória por danos morais, ajuizada pelo apelado em face do apelante, este jogador de futebol e aquele árbitro.

O apelado afirma que, durante partida em que atuava na condição de árbitro, houve desentendimento entre o apelante e um jogador do time adversário,

ocasionando a expulsão de ambos. Em seguida, o apelante teria se descontrolado e desferido um golpe pelas costas do apelado e proferido palavras de baixo calão contra o apelado.

Em razão desses fatos, teria sofrido abalo moral e sido atingida sua reputação, em razão da repercussão do caso na mídia.

Ao contrário do que o apelado sustente e respeitado o entendimento divergente da I. Magistrada de primeiro grau e E. Relatora sorteada, os fatos e as circunstâncias do caso não configuram danos morais.

A atuação da Justiça comum, no caso de práticas e disputas esportivas, é subsidiária à Justiça Desportiva, nos termos do art. 217, § 1º, da Constituição Federal. O texto constitucional pretendeu que, nesses casos, a Justiça estatal fosse deferente aos mecanismos esportivos de solução de controvérsias. *Dessa maneira, a atuação jurisdicional do Estado deve apenas ocorrer em casos de notória insuficiência das medidas tomadas pela Justiça desportiva para a punição disciplinar.*

Assim, o fato caracterizador do dano deve ser de tal ordem que transborde os limites e características das práticas esportivas, fugindo à normalidade desse âmbito específico.

No caso, diversamente do que alega o apelado, verifica-se que a Justiça desportiva deu resposta suficiente para o evento ocorrido no jogo em questão, de maneira que houvesse correção e punição da conduta reprovável do apelante.

Os documentos de ps. 109/112 comprovam que a punição disciplinar, de 180 (cento e oitenta) dias de suspensão chegou a ser aplicada ao apelante pelo pleno do E. Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol do Estado de São Paulo, com recurso voluntário do clube do apelante.

Foi em grau de recurso que a Procuradoria de Justiça Desportiva propôs transação disciplinar, de suspensão por seis partidas do Campeonato Brasileiro da "série A", do ano de 2015, e de doação de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), tendo sido aceita pelo clube e pelo apelante.

Disso não decorre, porém, que a Justiça desportiva tenha sido insuficiente para punir disciplinarmente o apelante e coibir a reiteração da conduta ilícita.

Por outro lado, não há comprovação de que haja desassossego anormal ao exercício das funções de árbitro pelo apelado, de maneira que a ele se tenha impingido especial dor ou sofrimento, estranho à sua condição profissional. Inexistem, nessa medida, danos morais que tenham transbordado os limites da normalidade esportiva.

Enfim, não se verificou dano que exceda aos limites esportivos e de sua respectiva Justiça, de maneira que improcede a indenização pretendida.

Diante do exposto, dá-se provimento ao apelo, reformando-se a r. sentença para se julgar improcedente os pedidos formulados pelo apelado (e-STJ fls. 236/237 - grifou-se).

O autor interpôs, então, o presente recurso especial, invocando a tese já apontada no relatório.

2. Do mérito

De início, impende ressaltar que a Constituição Federal, no § 1º do art. 217, dispõe que “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei” (grifou-se).

A Lei n. 9.615/1998 (denominada “Lei Pelé”), que instituiu normas gerais sobre desporto, por sua vez, dispõe em seu art. 50, que:

A organização, o funcionamento e as atribuições da Justiça Desportiva, limitadas ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas, serão definidos nos Códigos de Justiça Desportiva, facultando-se às ligas constituir seus próprios órgãos judicantes desportivos, com atuação restrita às suas competições (grifou-se).

Consoante se extrai dos dispositivos transcritos, a competência da Justiça Desportiva limita-se a transgressões de natureza eminentemente esportivas, relativas à disciplina e às competições desportivas.

A propósito, nos termos da lição de Scheyla Althoff Decat, a Justiça Desportiva pode ser definida como

(...)

uma instituição de direito privado dotada de interesse público, tendo como atribuição dirimir as questões de natureza desportiva definidas no Código Brasileiro de Justiça Desportiva, formada por um conjunto de instâncias autônomas e independentes das entidades de administração do desporto. (DECAT, Scheyla Althoff. Direito Processual Desportivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. pág. 40 - grifou-se)

Assim, o alegado ilícito que o autor da demanda atribui ao réu, por não se fundar em transgressão de cunho estritamente esportivo, pode ser submetido ao crivo do Poder Judiciário Estatal, para que seja julgado à luz da legislação que norteia as relações de natureza privada, no caso, o Código Civil.

Passando à análise dos fatos narrados na exordial e reconhecidamente incontroversos, verifica-se que, dado o caráter excepcionalíssimo do caso em análise, estão configurados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil do recorrido.

Sérgio Cavalieri Filho leciona que,

(...)

Como julgador, por quase 40 anos, sempre utilizei como critério aferidor do dano moral se, no caso concreto, houve alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido (dano moral em sentido estrito e, por isso, o mais grave) ou, pelo menos, se houve alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade (nome, honra, imagem, reputação etc). Sem que isso tenha ocorrido, não haverá que se falar em dano moral, por mais triste e aborrecido que alega estar aquele que pleiteia a indenização. (CAVALIERI FILHO. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 93 - grifou-se)

Nessa perspectiva, conclui-se que a conduta do recorrido causou inegável dano de natureza moral ao recorrente, sendo, portanto, ilícita.

Como bem ressaltado pelo magistrado de piso, a conduta do jogador, além de transgredir as regras que norteiam as competições de futebol, também ofendeu a honra e a imagem do recorrente.

O evento esportivo no qual as agressões foram perpetradas, final do Campeonato Paulista de Futebol, envolvendo dois dos maiores clubes do Brasil, foi televisionado para todo o país, o que evidencia sua enorme audiência e, em consequência, o número de pessoas que assistiram o episódio.

O recorrente, como árbitro da partida, estava zelando pela correta aplicação das regras esportivas, sendo certo que ser agredido física e verbalmente por um dos jogadores envolvidos no certame é situação que indubitavelmente causou dano à sua imagem e honra. A conduta do réu, mormente a sorradeira agressão física pelas costas, revelou-se completamente despropositada e desproporcional, transbordando em muito o mínimo socialmente aceitável em partidas de futebol.

No tocante à responsabilidade civil aplicada aos esportistas durante a prática de sua atividade, a doutrina preconiza que mesmo naquelas modalidades em que o contato físico é considerado normal, como no futebol, ainda assim os atletas devem sempre zelar pela integridade física do seu adversário. Eventual ato exacerbado, com excesso de violência, que possa ocasionar prejuízo aos demais participantes da competição, pode gerar a obrigação de reparação.

Desse modo, com mais razão ainda exsurge o dever de indenizar o árbitro que, no exercício regular de suas funções no evento esportivo, sofre injusta e desarrazoada agressão de jogador. Nesse sentido, transcreve-se trecho do voto vencido proferido no julgamento da apelação, que bem elucida a questão:

(...)

Resume-se a controvérsia em apurar se estão presentes os requisitos que configuram a responsabilidade do apelado de indenizar o autor, quais sejam: ato ilícito, dano, culpa e nexó de causalidade entre ambos.

O dano moral, à luz da Constituição Federal, corresponde a uma agressão à dignidade humana, cuja reparação apenas é devida caso seja tão grave a ponto de extrapolar os meros aborrecimentos do cotidiano. Os critérios utilizados para aferir a sua constituição devem ser avaliados segundo a gravidade do dano, levando-se em conta a concepção ético-jurídica dominante na sociedade, afastando-se de fatores extremamente subjetivos, como sensibilidade ou frieza exacerbada de alguns.

(...)

'In casu', em que pesem as alegações do apelante, os fatos narrados ensejam reparação por danos morais, tendo restado comprovado nos autos a ofensa pública sofrida pelo autor em razão de conduta ilícita do réu.

Restou incontroversa a ocorrência dos fatos tal qual narrada pelo autor, restando demonstrado que o requerido, após ser expulso da partida supramencionada, atingiu o autor pelas costas de forma maliciosa, proferindo ofensas verbais. Tal evento foi amplamente divulgado pela imprensa, conforme se denota dos documentos colacionados às fls. 31/56, o que veio a agravar a situação ocorrida.

Ao contrário do afirmado pelo apelante, não foi o autor o responsável pela divulgação do ocorrido na imprensa nacional, o qual apenas se limitou a confirmar o ocorrido e conceder entrevistas.

É de conhecimento notório que, em uma final de campeonato estadual envolvendo duas das maiores equipes futebolísticas nacionais, as atenções midiáticas estejam voltadas à partida, sendo certo que um evento como o ocorrido seja amplamente divulgado pelos meios de comunicação. Desta forma, o fato do requerido não ter concedido entrevistas à imprensa após o ocorrido não elide sua responsabilidade, tendo em vista o inequívoco excesso de seu ato, tanto que foi punido perante a Justiça Desportiva.

Como bem observado pelo sentenciante, "com sua conduta, o réu não só deixou de respeitar a ética e as regras do futebol tanto é que foi punido pela Justiça Desportiva, bem como veio a ofender a imagem e a honra do requerente, que apenas fazia cumprir as regras do jogo em estão, ultrapassando, assim, o grau de mero desentendimento, este, de certa forma, comum em partidas de futebol, onde os ânimos se exaltam pela própria dinâmica da disputa. Mas os excessos não podem ser admitidos" (fls. 174/175).

Evidente que a conduta do réu foi despropositada, tendo agido ilicitamente ao agredir física e verbalmente o autor em partida de futebol de grande importância.

Não se discute, desta forma, que agredir alguém, ainda que no calor das emoções que o esporte desperta, é tido como conduta reprovável pela sociedade, sendo razoável conceder uma satisfação de ordem pecuniária ao ofendido.

Ademais, verifica-se que o autor estava zelando pelas regras do jogo, de modo que a agressão sofrida certamente lhe causou humilhação, o que extrapola o mero dissabor cotidiano (e-STJ fls. 240/242 - grifou-se).

Nesse contexto, merece reforma o acórdão recorrido, com o restabelecimento da sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido reparatório, inclusive no que tange ao valor da indenização por danos morais, fixado em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). No ponto, registra-se que os juros moratórios devem incidir desde o evento danoso, a teor da Súmula n. 54/STJ.

3. Do dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença de procedência do pleito autoral, com a ressalva do termo inicial dos juros de mora (Súmula n. 54/STJ).

Com fundamento no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, fixo a verba honorária em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, em favor dos advogados da parte autora, ora recorrente.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Guilherme Cereta de Lima*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional.

Ação: de compensação por danos morais, ajuizada pelo recorrente, em face de *Eduardo Perereira Rodrigues*, na qual sustenta - em síntese - que é arbitro e que durante a partida de futebol profissional ocorrida em 03/05/2015 (final do campeonato Paulista do ano de 2015), às 16 horas, em Santos, o demandado (jogador da Sociedade Esportiva Palmeiras), veio a se desentender com o jogador Geuvanio, do time adversário (Santos Futebol Clube), e que, em razão disto, ambos foram expulsos da partida.

Afirma, ainda, que em ato desleal, o demandado correu em direção ao demandante, atingindo-o pelas costas, com seu antebraço e proferiu-lhe palavras de baixo calão.

Dessa forma, requer o pagamento de compensação pelos danos morais suportados, no importe de R\$ 78.800,00.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o recorrido ao pagamento de compensação pelos danos morais suportados pelo recorrente, no valor de R\$ 25.000,00.

Acórdão: por maioria, deu provimento à apelação interposta pelo recorrido, para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido formulado na inicial.

Restou assim ementado o acórdão recorrido:

Indenização por danos morais. Futebol. Disciplina desportiva. Sentença de procedência, condenando o réu a indenizar danos morais no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao autor. Irresignação do réu. Atuação subsidiária da Justiça comum. *Suficiência, no caso, da punição disciplinar da Justiça desportiva. Inteligência do artigo 217, § 1º, da Constituição Federal. Justiça estatal que deve, a princípio, ser deferente à atuação da Justiça desportiva. Inocorrência de ofensas anormais, que tenham transbordado às práticas desportivas e atingido excepcionalmente a moral do apelado. Danos morais descaracterizados. Sentença reformada.*

Recurso provido. (e-STJ, fl. 235) (grifo nosso)

Recurso especial: alega violação do art. 186 do CC/02. Sustenta, em síntese, a existência de dano moral suportado pelo recorrente a ser compensado pelo recorrido, consubstanciado em agressão física e ofensa verbal perpetradas por parte deste àquele durante partida de futebol profissional.

Decisão monocrática no AREsp 1.278.641/SP: não conheceu do agravo em recurso especial interposto pelo agravante, ora recorrente, nos termos da Súmula 126/STJ (e-STJ, fl. 347/350).

Decisão monocrática no AgInt no AREsp 1.278.641/SP: reconsiderou a decisão unipessoal de fls. 347/350 (e-STJ), determinando a conversão em recurso especial (e-STJ, 367).

Voto do Relator, e. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva: deu provimento ao recurso especial, para restabelecer os efeitos da sentença de procedência parcial do pedido do autor/recorrente, inclusive em relação aos ônus sucumbenciais, com a ressalva do termo inicial dos juros de mora (Súmula 54/STJ).

Na sequência, pedi vista para melhor análise.

Revisados os fatos, decide-se.

O propósito recursal é definir se transgressões eminentemente desportivas praticadas na seara do desporto profissional constituem ato ilícito indenizável no âmbito da Justiça Comum Estadual.

- Prejudicial de mérito: da aplicação da Súmula 126/STJ

No âmbito do acórdão recorrido, verifica-se que o voto condutor decidiu pela inviabilidade da compensação por danos morais pleiteada pelo recorrente com lastro em fundamento de índole constitucional.

O referido voto dispõe, nos termos do art. 217, § 1º, da CF/88 (*O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.*), que a atuação da Justiça Comum é subsidiária à Justiça Desportiva, nas hipóteses de práticas e disputas esportivas. Afirma que o texto da Carta Magna almejou que, nas referidas situações, a Justiça Comum Estadual fosse respeitosa aos mecanismos de soluções de controvérsias no campo do desporto. Registra, ainda, que a atuação do Poder Judiciário estatal somente pode se dar em situações de evidente ineficácia/insuficiência das sanções aplicadas pela Justiça Desportiva.

Por derradeiro, asseverou que - na situação em análise - a Justiça Desportiva deu resposta adequada para o evento ocorrido no jogo de futebol objeto desta ação.

A esse propósito, é o teor de trecho do voto condutor do acórdão recorrido:

A atuação da Justiça comum, no caso de práticas e disputas esportivas, é subsidiária à Justiça Desportiva, nos termos do artigo 217, § 1º, da Constituição Federal. O texto constitucional pretendeu que, nesses casos, a Justiça estatal fosse deferente aos mecanismos esportivos de solução de controvérsias. Dessa maneira, a atuação jurisdicional do Estado deve apenas ocorrer em casos de notória insuficiência das medidas tomadas pela Justiça desportiva para a punição disciplinar.

Assim, o fato caracterizador do dano deve ser de tal ordem que transborde os limites e características das práticas esportivas, fugindo à normalidade desse âmbito específico.

No caso, diversamente do que alega o apelado, verifica-se que a Justiça desportiva deu resposta suficiente para o evento ocorrido no jogo em questão, de maneira que houvesse correção e punição da conduta reprovável do apelante. (e-STJ, fl. 236) (grifo nosso)

Nota-se, portanto, que o acórdão recorrido decidiu a demanda com base em fundamento constitucional, suficiente por si só para mantê-lo, sendo que não houve a interposição de Recurso Extraordinário, o que impede o exame do presente recurso especial, nos termos da Súmula 126/STJ.

Forçoso ressaltar que o art. 1.032 do CPC/15 prevê a aplicação do princípio da fungibilidade ao recurso especial que versar questão constitucional, nas hipóteses em que há um equívoco quanto à escolha do recurso cabível. Nesse sentir: AgInt no AREsp 1.008.763/RS (3ª Turma, DJe de 27/10/2017) e AgInt no AREsp 1.288.579/SP (2ª Turma, DJe 25/09/2018). Inocorrência, na situação em análise - na qual o acórdão recorrido tem fundamento constitucional e o recurso especial interposto pelo recorrente versa sobre matéria infraconstitucional (art. 186 do CC/02) - da hipótese prevista no art. 1.032 do CPC/2015.

No mesmo sentido, segue a transcrição da ementa do seguinte julgado desta Corte Superior:

Agravo regimental no recurso especial. Porte ilegal de munição. Princípio da proporcionalidade. Fundamento de natureza infraconstitucional e constitucional. Ausência de interposição do recurso extraordinário. Súmula 126/STJ.

I - "É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário." (Súmula 126/STJ).

II - Na hipótese, o v. acórdão vergastado utilizou o princípio da proporcionalidade como fundamento autônomo e suficiente para absolver o ora agravado, razão pela qual se justifica a incidência do verbete sumular mencionado.

III - O art. 1.032 do Código de Processo Civil de 2015 prevê a aplicação do princípio da fungibilidade ao recurso especial que versar questão constitucional, hipótese em que há um equívoco quanto à escolha do recurso cabível.

IV - No caso vertente, entretanto, o v. acórdão objurgado pautou-se também em fundamento constitucional, utilizando-se do princípio da proporcionalidade como fundamento autônomo e suficiente para absolver o réu, não tendo sido interposto simultaneamente o recurso extraordinário cabível (precedente). Aqui, a hipótese não é de equívoco quanto à escolha do recurso, mas, sim, a própria ausência de recurso em separado no tocante ao capítulo decisório de jaez constitucional.

V - Mesmo com a entrada em vigor do CPC/2015, ainda permanece hígido o enunciado 126 da súmula desta Corte, no qual "é inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e

infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” (Súmula 126/STJ), razão pela qual não há falar em aplicação do art. 1.032 à espécie. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.665.154/RS, 5ª Turma, DJe 30/08/2017) (grifo nosso)

- Prejudicial de mérito: da aplicação da Súmula 7/STJ

O voto condutor do acórdão recorrido, não obstante tenha se utilizado da fundamentação constitucional exposta no tópico anterior - suficiente por si só para mantê-lo -, consignou - também - expressamente pela **ausência de provas** da existência de perturbação ou desassossego anormal ao desempenho das funções de árbitro de futebol por parte do recorrente, afastando a ocorrência de ato ilícito, de forma que a ele tenha sido imposto dor ou sofrimento estranhos à sua condição profissional.

Nesse sentido, segue o teor do acórdão recorrido:

Por outro lado, não há comprovação de que haja desassossego anormal ao exercício das funções de árbitro pelo apelado, de maneira que a ele se tenha impingido especial dor ou sofrimento, estranho à sua condição profissional. Inexistem, nessa medida, danos morais que tenham transbordado os limites da normalidade esportiva.

Enfim, não se verificou dano que exceda aos limites esportivos e de sua respectiva Justiça, de maneira que impropede a indenização pretendida. (e-STJ, fl. 237) (grifo nosso)

Nesse sentir, alterar o decidido no acórdão recorrido, no que se refere à ausência de dano moral a ser compensado na hipótese em análise, demandaria desta Corte a inevitável reanálise dos fatos e das provas constantes nos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

Com efeito, insistir na existência de dano - a pretexto da utilização da técnica de requalificação jurídica dos fatos tidos como incontroversos -, não obstante o Tribunal de origem (soberano na análise detalhada das provas) tenha afirmado pela **ausência de comprovação do referido dano**, como é a situação em análise, denota - em verdade - intento de nova verificação do acervo probatório constante nos autos. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.730.472/PR (3ª Turma, DJe 27/09/2018); AgInt no REsp 1.505.222/SP (4ª Turma, DJe 26/04/2018).

Dessa forma, com a devida vênia ao entendimento exposto no voto do e. Min. Relator, entender pela existência dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil do recorrido, acaba por violar o entendimento sumular citado.

- Mérito: da ausência de dano moral a ser compensado pela prática de transgressão disciplinar desportiva que não ultrapasse os limites e as características da modalidade esportiva

Tendo em vista que a análise da questão referente à atuação jurisdicional do Estado - apenas - em situações de notória insuficiência das medidas tomadas pela Justiça Desportiva possuir jaez constitucional, o referido voto passará a ater-se ao exame da questão eminentemente infraconstitucional, qual seja, a ocorrência ou não de violação do art. 186 do CC/02.

Inicialmente, cabe dizer que o art. 50 da Lei 9.615/98 (denominada “Lei Pelé”, a qual dispôs sobre normas gerais do desporto em âmbito nacional), versa que *a organização, o funcionamento e as atribuições da Justiça Desportiva, limitadas ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas, serão definidos nos Códigos de Justiça Desportiva, facultando-se às ligas constituir seus próprios órgãos judicantes desportivos, com atuação restrita às suas competições.*

Nota-se, por conseguinte, que - nos termos da legislação infraconstitucional - o plano de competência da Justiça Desportiva encontra-se circunscrito ao processo e ao julgamento de transgressões de cunho desportivo, como é a hipótese dos autos.

Com as mais respeitosas vênias, o entendimento do e. Min. Relator de que a infração praticada pelo recorrido não se encontra no âmbito de uma transgressão de cunho eminentemente esportivo não merece prosperar.

A referida conclusão deriva do fato de que o recorrido, quando de seu julgamento pela Justiça Desportiva, foi enquadrado como incurso nas penas do art. 254-A, § 3º, do Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD), o qual tipifica o ato praticado pelo atleta recorrido.

A esse propósito, é o teor do dispositivo citado:

Art. 254-A. *Praticar agressão física durante a partida, prova ou equivalente.*
(Incluído pela Resolução CNE n. 29 de 2009).

Pena: suspensão de quatro a doze partidas, provas ou equivalentes, se praticada por atleta, mesmo se suplente, treinador, médico ou membro da comissão técnica, e suspensão pelo prazo de trinta a cento e oitenta dias, se praticada por qualquer outra pessoa natural

(...)

§ 3º *Se a ação for praticada contra árbitros, assistentes ou demais membros de equipe de arbitragem, a pena mínima será de suspensão por cento e oitenta dias.*
(Incluído pela Resolução CNE n. 29 de 2009).

Pois bem, o ato foi praticado pelo recorrido, na condição de jogador profissional, durante partida de futebol e foi dirigido ao recorrente, esse na condição de árbitro da partida mencionada.

Outrossim, o dispositivo mencionado do CBJD não versa sobre a possibilidade de se tutelar no âmbito judicial eventual reparação civil pela prática da infração desportiva, o que demonstra que a transgressão tipificada no art. 254-A, § 3º, do CBJD é uma infração eminentemente desportiva.

O recorrente, ao ajuizar a presente ação compensatória, indicou como causa de pedir remota a ocorrência de ofensa verbal e de agressão física.

No que concerne à ofensa verbal, consubstanciada em palavras de baixo calão dirigidas pelo recorrido ao recorrente durante o transcurso de partida de futebol, o TJ/SP - ao analisar o conjunto probatório acostado aos autos, bem como considerando os fatos e as características da situação em análise (*partida final de um campeonato futebolístico de grande prestígio no Brasil - Campeonato Paulista do ano 2015*) - registrou que o referido ato não causou dano ao recorrente que transbordasse os limites das características da atividade esportiva, bem como consignou pela ausência de comprovação da existência de dor ou sofrimento estranho à sua condição de árbitro profissional.

Nesse sentido:

(...) não há comprovação de que haja desassossego anormal ao exercício das funções de árbitro pelo apelado, de maneira que a ele se tenha impingido especial dor ou sofrimento, estranho à sua condição profissional. Inexistem, nessa medida, danos morais que tenham transbordado os limites da normalidade esportiva. (e-STJ, fl. 237) (grifo nosso)

Com razão o Tribunal de origem, pois expressões vulgares ou de baixo calão imputadas contra árbitro de futebol, durante o calor da partida final de torneio de grande prestígio (na qual os ânimos estão à flor da pele), não caracterizam por si só ofensa à honra, a ensejar compensação por dano moral, *mormente quando tais expressões sequer abalaram o conceito de dignidade e de qualidade do árbitro recorrente perante a comunidade futebolística, inexistindo notícia no recurso especial por ele interposto ou no acórdão recorrido (leia-se, voto condutor e, inclusive, os votos vencidos) de que tenha sido vetado para apitar outros jogos ou de que sua carreira tenha sido prejudicada, em razão das alegadas ofensas.*

A título de reforço argumentativo, se fosse possível a reanálise do acervo probatório (*o que não é, ante o teor da Súmula 7/STJ*), a própria credibilidade das

ofensas poderia estar comprometida. A referida conclusão deriva da circunstância de que o acórdão recorrido (e-STJ, 236) registra que *o recorrente alega a ocorrência de ofensas verbais apenas por meio da Súmula da partida (e-STJ, 27/30), documento esse que é lavrado de forma unilateral pelo próprio árbitro/ofendido*. Vê-se que não há no acórdão impugnado menção sobre a existência de prova testemunhal ou de transcrição de leitura labial das imagens da transgressão disciplinar, a corroborar com a versão descrita na referida Súmula.

Além disso, consta na própria sentença (e-STJ, fl. 174) que as partes dispensaram a produção de outras provas para além das apresentadas quando do oferecimento da petição inicial e da contestação, não existindo malferimento às normas infraconstitucionais relativas à produção de provas.

Prosseguindo com a análise dos fatos incontroversos, em relação à aludida “agressão física”, o acórdão recorrido também concluiu pela não comprovação, por parte do recorrente, de que o referido ato lhe tenha causado danos morais a serem compensados.

Com a devida vênia à análise do e. Min. Relator, o qual entendeu que a conduta do recorrido foi uma *sorradeira agressão física pelas costas*, as imagens do acontecido - *as quais são de conhecimento público e notório (pois veiculadas na mídia esportiva quando do acontecido e disponíveis na rede mundial de computadores em páginas destinadas ao esporte)* - mostram apenas a ocorrência de um mero empurrão de um jogador em um árbitro após uma expulsão polêmica, incapaz de caracterizar ilícito civil que transborde o mero aborrecimento ou que venha causar ao recorrente desassossego anormal ao exercício das funções de árbitro de futebol.

Como muito bem delineado, o voto condutor do acórdão recorrido consignou que *os fatos e as circunstâncias do caso não configuram danos morais*, bem como que - para ensejar a punição por prática de ilícito civil - *o fato caracterizador do dano deve ser de tal ordem que transborde os limites e características das práticas esportivas, fugindo à normalidade desse âmbito específico* (e-STJ, fl. 236).

A corroborar com todo o exposto acima, a jurisprudência do STJ dispõe que os aborrecimentos comuns do dia a dia, bem como os meros dissabores normais não são suficientes para originar danos morais compensáveis. Nesse sentido: REsp 1.652.567/PA (3ª Turma, DJe 29/08/2017) e AgRg no AREsp 604.582/RJ (4ª Turma, DJe de 07/12/2017).

Em relação à alegação de propagação do lance pela mídia como fato gerador de dano moral, impende frisar ser normal o debate (mormente pelos meios de comunicação esportivos) sobre transgressões disciplinares, mesmo que não transbordem às características inerentes ao esporte praticado, tendo em vista que essas ocorreram em final de campeonato de relevância nacional.

Necessário frisar, ainda, que a própria Justiça Desportiva mitigou a gravidade da transgressão disciplinar praticada pelo atleta ao homologar a proposta de transação disciplinar ofertada pela Procuradoria de Justiça Desportiva, de modo a substituir a punição de suspensão pelo prazo de 180 dias pela suspensão por 6 partidas do Campeonato Brasileiro da “série A”, do ano de 2015, conjuntamente com pagamento de pena pecuniária - doação de R\$ 50.000,00 à instituição humanitária internacional denominada “Médicos Sem Fronteiras” (e-STJ, fl. 109/111).

Nesse diapasão, segue a transcrição de trecho do aresto recorrido:

Os documentos de fls. 109/112 comprovam que a punição disciplinar, de 180 (cento e oitenta) dias de suspensão, chegou a ser aplicada ao apelante pelo pleno do E. Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol do Estado de São Paulo, com recurso voluntário do clube do apelante.

Foi em grau de recurso que a Procuradoria de Justiça Desportiva propôs transação disciplinar, de suspensão por seis partidas do Campeonato Brasileiro da “série A”, do ano de 2015, e de doação de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), tendo sido aceita pelo clube e pelo apelante. (e-STJ, fl. 237) (grifo nosso)

O raciocínio exposto até aqui não está a reprimir o direito do acesso à justiça, de forma a vedar apreciação do judiciário estatal no que tange às questões desportivas, pois a CF/88 - ao dispor, no art. 217, § 1º, que *o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei* - apenas estabelece a necessidade de exaurimento da fase administrativa, para a formalização de demandas em âmbito judicial. O que se almeja é impedir a procedência de pleitos indenizatórios/compensatórios oriundos de situações que não ultrapassem as peculiaridades e as características inerentes a cada esporte.

Não obstante a fundamentação deste voto esteja delimitada à análise de eventual violação ou não do art. 186 do CC/02, *apenas a título de reflexão jurídica*, é preciso salientar que o poder judiciário estatal não deve investir-se no papel de censor moral ilimitado, tendo em vista que o referido raciocínio acaba

por enfraquecer os demais instrumentos de controle e de pacificação social, como a própria Justiça Desportiva.

Consoante os ensinamentos de JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, eleger o direito como sendo o principal ambiente ético comum, tal como ocorre nas sociedades modernas, acaba por sobrecarregá-lo com demandas que esse não consegue controlar (**Uma teoria retórica na norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, pág. 239).

Nesse sentir, permitir que pleitos indenizatórios/compensatórios com causa de pedir calcadas em transgressões meramente desportivas cheguem à análise do Poder Judiciário estatal, acaba por abarrotar o sistema judicial, fazendo com que o Estado deixe de se pronunciar no tempo e no modo adequado sobre questões de relevância política, econômica e social.

Forte nessas razões, pedindo as mais respeitosas vênias ao e. Min. Relator, dirijo para, em reconhecendo as prejudiciais de mérito, *não conhecer* do recurso especial; em sendo superadas as referidas prejudiciais, *conheço* do recurso especial, para *negar-lhe provimento*.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15, em razão do trabalho imposto ao advogado da parte recorrida com a interposição do presente recurso, majoro os honorários fixados na origem de 10 % (e-STJ, fls. 237) para 15 % do valor atualizado da causa.

RECURSO ESPECIAL N. 1.771.815-SP (2018/0232849-4)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Banco Santander (Brasil) S.A.

Advogado: Carlos Augusto Tortoro Júnior - SP247319

Recorrido: Richard Lizidatti

Advogados: Noemia Aparecida Pereira Vieira e outro(s) - SP104016

Luiz Antonio Fleury Filho e outro(s) - SP136470

Rogério Hernandes Garcia - SP211960

EMENTA

Recurso especial. Processo Civil. Ação de prestação de contas. Apelação. Código de Processo Civil de 2015. Julgamento não unânime. Técnica de ampliação do colegiado. Art. 942 do CPC/2015. Natureza jurídica. Técnica de julgamento. Cabimento. Modificação de voto. Possibilidade. Nulidade. 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 aferir, preliminarmente, se houve negativa de prestação jurisdicional. No mérito, o propósito é definir a correta interpretação e a abrangência da técnica de ampliação de colegiado na hipótese de julgamento não unânime, nos termos do art. 942 do CPC/2015.

3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

4. No caso concreto, diante da ausência de unanimidade no julgamento da apelação, foi aplicado, de ofício, o art. 942 do CPC/2015 a fim de ampliar o colegiado com a convocação de outros desembargadores. Na continuidade do julgamento, um dos desembargadores alterou o voto anteriormente proferido para negar provimento à apelação e manter a sentença, resultado que prevaleceu, por maioria.

5. A técnica de ampliação do colegiado consiste em significativa inovação trazida pelo CPC/2015, tendo cabimento nas hipóteses de julgamento não unânime de apelação; ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; e agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgou parcialmente o mérito.

6. O art. 942 do CPC/2015 não configura uma nova espécie recursal, mas, sim, uma técnica de julgamento, a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência.

7. Constatada a ausência de unanimidade no resultado da apelação, é obrigatória a aplicação do art. 942 do CPC/2015, sendo que o julgamento não se encerra até o pronunciamento pelo colegiado estendido, ou seja, inexistente a lavratura de acórdão parcial de mérito.

8. Os novos julgadores convocados não ficam restritos aos capítulos ou pontos sobre os quais houve inicialmente divergência, cabendo-lhes a apreciação da integralidade do recurso.

9. O prosseguimento do julgamento com quórum ampliado em caso de divergência tem por objetivo a qualificação do debate, assegurando-se oportunidade para a análise aprofundada das teses jurídicas contrapostas e das questões fáticas controvertidas, com vistas a criar e manter uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente.

10. Conforme expressamente autorizado pelo art. 942, § 2º, do CPC/2015, os julgadores que já tenham votado podem modificar o seu posicionamento.

11. Não cabe a esta Corte Superior reexaminar as premissas fáticas sobre as quais se fundamentou o Tribunal local, a fim de verificar se houve efetivamente divergência, haja vista o óbice da Súmula n. 7/STJ.

12. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 13 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Banco Santander (Brasil) S.A.*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, impugnando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Prestação de contas. Segunda fase. Banco que inviabilizou a produção da prova pericial ao não efetuar o depósito dos honorários periciais. Sentença que julgou boas as contas prestadas pelo autor mantida. Recurso improvido (fl. 1.136 e-STJ).

Nas razões do especial, o recorrente aponta a violação dos arts. 1.022, parágrafo único, inciso II, 489, § 1º, inciso IV, e 942, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015.

Sustenta, em síntese, a nulidade do acórdão recorrido em virtude da utilização da técnica de ampliação do colegiado prevista no art. 942, *caput*, do CPC/2015.

O Banco Santander afirma que na primeira sessão de julgamento da apelação, os desembargadores julgadores integrantes da Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado divergiram apenas quanto à extensão do provimento do recurso, porém foram unânimes ao analisarem o capítulo que versaria sobre a nulidade da sentença.

Argumenta que tal dissidência parcial não configura “julgamento não unânime”, nos termos do art. 942 do CPC/2015, motivo pelo qual seria incabível o prosseguimento do julgamento para ampliação do colegiado.

Defende, ainda, que na segunda sessão, com o colegiado estendido, um dos desembargadores que compunha o órgão julgador original não poderia ter modificado o voto anteriormente apresentado, em prejuízo de questão que, segundo defende, já havia sido superada por unanimidade.

Quanto aos demais dispositivos apontados como violados, aduz que o Tribunal de origem não enfrentou todos os argumentos relevantes para o deslinde da controvérsia ventilados nos embargos declaratórios.

Após a apresentação das contrarrazões (e-STJ fls. 1.205-1.239), o recurso foi inadmitido na origem, ascendendo a esta Corte Superior por força do provimento do subsequente agravo (e-STJ fls. 1.326-1.327).

O pedido de *Tutela Provisória n. 1.596/SP*, requerendo a suspensão dos efeitos do acórdão recorrido até o julgamento do presente recurso especial, foi *indeferido* por esta relatoria ante a ausência dos seus requisitos autorizadores.

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).

A irresignação não merece prosperar.

1. Breve histórico da demanda

Colhe-se dos autos que, na origem, o ora recorrido - Richard Lizidatti - ajuizou ação de prestação de contas objetivando a condenação do Banco Santander S.A., ora recorrente, a demonstrar a evolução do saldo devedor de sua conta bancária. O pedido foi julgado procedente.

Na segunda fase do procedimento, o correntista impugnou as contas apresentadas pelo Banco Santander, que indicavam um *saldo devedor* de R\$ 43.455,94 (quarenta e três mil quatrocentos e cinquenta e cinco reais e noventa e quatro centavos), e defendeu a existência de *saldo credor* no valor de R\$ 2.768.732,29 (dois milhões setecentos e sessenta e oito mil setecentos e trinta e dois reais e vinte e nove centavos).

Tendo em vista a significativa discrepância entre os valores apresentados pelas partes, foi determinada a realização de *perícia contábil*.

O ora recorrido interpôs, então, agravo de instrumento (Proc. n. 2052913-03.2015.8.26.0000), pleiteando a inversão do ônus probatório. O pedido foi acolhido pelo TJSP e o acórdão determinando à instituição financeira o custeio da prova técnica transitou em julgado (e-STJ fl. 948-954).

Contudo, o réu não efetuou o depósito dos honorários periciais, mesmo após intimado em duas oportunidades - junho e novembro de 2015 - e expressamente alertado acerca das consequências da não realização da prova (e-STJ fls. 955-957).

Diante da inércia da instituição financeira em dar cumprimento à determinação judicial, o juiz proferiu *sentença julgando boas as contas prestadas*

pelo autor, declarando o saldo credor nos termos apresentados pelo requerente e condenando o réu ao respectivo pagamento (e-STJ fls. 961-962).

Inconformado, o Banco Santander então interpôs recurso de apelação, sustentando a imprescindibilidade da realização de perícia contábil e a ocorrência de prescrição trienal.

Consta que na primeira sessão de julgamento da apelação não houve unanimidade na deliberação da Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado do TJSP, motivo pelo qual se decidiu adotar a *técnica de ampliação de colegiado* prevista no art. 942, *caput*, do CPC/2015.

Já na segunda sessão, com o quórum ampliado, um dos desembargadores que participou do primeiro julgamento modificou o posicionamento anteriormente exarado e proferiu voto no sentido de negar provimento à apelação e manter a sentença na sua integralidade. Esse resultado acabou por prevalecer, também por maioria de votos.

Os fundamentos que preponderaram podem ser resumidos no seguinte excerto:

(...)

No caso 'sub iudice', em virtude da inversão do ônus da prova, foi atribuída ao banco a incumbência de arcar com o pagamento da prova pericial (v. acórdão de fls. 929/934), no entanto, permaneceu inerte (certidão de fls. 938).

Novamente, o banco foi intimado para efetuar o depósito dos honorários periciais, sob pena de arcar com o ônus da preclusão da prova (fls. 939), quedando-se, mais uma vez, inerte (certidão de fls. 939 verso).

Ou seja, o banco inviabilizou a produção da prova pericial ao não efetuar o depósito dos honorários periciais, não podendo o Juiz substituir a parte no ônus que lhe competia.

E mais, no caso concreto, por não se tratar de direitos indisponíveis, ajusta-se como luvas o aresto do E. STJ (REsp n. 894.443/SC) da lavra da Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, j. 17.06.10:

(...) 3 - O processo civil moderno tende a investir o juiz do poder-dever de tomar iniciativa probatória, consubstanciando-se, pois, em um equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo. Contudo, a atividade probatória exercida pelo magistrado deve se operar em conjunto com os litigantes e não em substituição a eles. (...)

Por fim, no tocante ao prazo prescricional, ao contrário do que entende o banco-apelante, não se aplica o art. 206, § 3º, IV, do CC.

Trata-se de ação de prestação de contas, cujo prazo prescricional é de vinte anos previsto no art. 177 do anterior CC e de dez anos no art. 205 do novo Código Civil, já que se trata de direito pessoal, inexistindo prazo diferenciado para a segunda fase da ação. (e-STJ fls. 1.138-1.139)

Contra o referido acórdão, o banco opôs *embargos declaratórios*, que foram rejeitados por ausência de omissão, obscuridade ou contradição (e-STJ fls. 1.539-1.543).

Nesse contexto, interpôs o recurso especial em análise, por meio do qual defende, essencialmente, a nulidade do acórdão recorrido, argumentando que (i) a divergência parcial não autoriza o prosseguimento do julgamento, nos termos do art. 942, *caput*, do CPC/2015, (ii) a análise do recurso pelo colegiado estendido deve se restringir aos capítulos sobre os quais não tenha havido unanimidade, e (iii) os julgadores que já proferiram voto não podem rever seus posicionamentos em prejuízo de questão superada no primeiro julgamento.

É importante ressaltar que, nas razões do apelo extremo, a parte recorrente não aponta a violação dos dispositivos relacionados com a matéria de fundo da demanda principal, não tecendo nenhuma consideração a respeito das teses aventadas na sua apelação, quanto à ocorrência de prescrição ou à imprescindibilidade de realização de perícia. A argumentação é restrita à eventual nulidade decorrente da aplicação do art. 942 do CPC/2015.

Cinge-se a controvérsia, pois, a aferir, preliminarmente, se houve negativa de prestação jurisdicional no caso concreto em virtude da suposta ausência de fundamentação válida para aplicação da técnica de ampliação do colegiado, consoante o previsto no art. 942 do CPC/2015. No mérito, o propósito é definir a correta interpretação e a abrangência do referido dispositivo, nos termos da legislação processual vigente.

2. Da inexistência de negativa de prestação jurisdicional

No que se refere aos art. 489, § 1º, incisos IV, e 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015, o recorrente afirma que:

(...)

In casu, o acórdão vergastado não enfrentou todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelos julgadores, mormente o argumento de que o acórdão *deu provimento por unanimidade* ao Recurso

de Apelação para Anular a sentença, razão pela qual não havia que se falar em prosseguimento do Julgamento para a análise de tal questão.

A r. decisão ora atacada, sequer, fundamentou qual a razão pela qual estavam fazendo a “re-vista” de todos os votos, para agora, sem maiores esclarecimentos, validarem a sentença que fora por todos os desembargadores anuladas meritalmente, nem mesmo, após apresentação de embargos da parte ora recorrente.

E mais, poderiam desqualificar a decisão já sacramentada quanto a nulidade da sentença neste novo Julgamento, programado, data máxima vênia, de forma indevida. Já que a decisão *havia sido unânime*?

Se fosse possível, não seria este Julgamento destinado tão somente à parte não unânime da decisão, que teria sido a extensão das provas que seriam colhidas em primeiro grau, diante da decisão de nulidade da decisão e de total provimento do apelo deste ora recorrente?

Então, estas são questões que sequer foram fundamentadas na decisão de reversão da Corte Julgadora quando do Julgamento, e, tampouco, mesmo depois de pleiteado esclarecimentos em sede de embargos, também não respondidas, o que enseja claramente ao direito de manejo do presente recurso do banco (e-STJ fls. 1.186-1.187).

No entanto, contrariamente ao alegado, o argumento de que o acórdão que julgou os embargos declaratórios teria incorrido em negativa de prestação jurisdicional é improcedente.

De fato, o Tribunal de origem indicou adequadamente os motivos que lhe formaram o convencimento, analisando de forma clara, precisa e completa as questões relevantes do processo e solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese.

Ao apreciar os embargos opostos pelo Banco Santander, o Tribunal de origem expôs de forma manifesta as razões pelas quais aplicou o art. 942 do CPC/2015, ressaltando que, diversamente do que sustenta o recorrente, *não houve unanimidade* no primeiro julgamento da apelação. Além disso, explicitou a interpretação conferida aos arts. 550, § 6º, e 551, § 2º, do CPC/2015.

É o que se constata do trecho a seguir transcrito:

(...)

Reza o art. 942, § 2º, do NCPC:

“Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.” Portanto, mesmo tendo votado no sentido

de dar provimento ao recurso de apelação na primeira sessão de julgamento, diante da divergência entre os i. desembargadores, o que ensejou o julgamento estendido preconizado no supracitado art. 942, inexistindo decisão unânime, mas divergência, revii meu posicionamento e votei pelo não acolhimento do recurso.

Como exposto, a decisão não foi unânime e o julgamento ainda não era definitivo.

Diante do prosseguimento do julgamento, pude rever meu voto, conforme autoriza o § 2º do art. 942, do NCPC.

Como prelecionam NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

Constatada a divergência no julgamento da apelação, após a proclamação do resultado, o julgamento, a rigor, não termina, pois deverá ser submetido à nova sessão. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO - 16ª edição - São Paulo - Revista dos Tribunais - 2016 - pág. 2003)

O disposto no art. 550, § 6º, do NCPC foi respeitado, pois o juiz determinou a realização de prova pericial, que não se realizou por inércia do banco em depositar os honorários periciais.

Da mesma forma, a imprescindível apuração por meio de perícia para que houvesse uma homologação de contas no formato exigido pelo art. 551, § 2º, do NCPC, como alega o embargante, foi obstada pela sua inércia.

Assim, não há que se falar em omissão, obscuridade ou contradição (e-STJ fls. 1.165-1.166 - grifou-se).

Convém ressaltar que a conclusão de que não houve posicionamento unânime entre os desembargadores na primeira sessão de julgamento, realizada em 1º/2/2017, é corroborada pelo teor da movimentação processual transcrita pelo próprio recorrente em suas razões recursais:

(...)

01/02/2017 - Provimento: Após leitura de votos do Desembargador Relator e 3º Desembargador que davam provimento ao recurso para anular a sentença, o 2º Desembargador votou no sentido de dar Provimento ao Recurso em menor extensão. Deliberou-se o prolongamento do julgamento da apelação nos termos do art. 942 do novo CPC em sessão a ser designada (e-STJ fls. 1.180 - grifou-se).

Não há falar, portanto, em prestação jurisdicional lacunosa ou deficitária apenas pelo fato de o acórdão recorrido ter decidido em sentido contrário à pretensão da parte.

3. Da técnica de ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes - art. 942 do CPC/2015

A técnica de ampliação do colegiado consiste em significativa inovação trazida pela reforma do Código de Processo Civil, que veio a substituir os embargos infringentes nas hipóteses de julgamento não unânime de apelação, ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, e agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

A modificação foi introduzida no art. 942 do CPC/2015, cujo inteiro teor cabe transcrever para melhor compreensão:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária;

III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Ao analisar a natureza jurídica do instituto, a doutrina majoritária consolidou o entendimento de que o referido dispositivo não enuncia uma nova

espécie recursal, mas, sim, uma *técnica de julgamento*, a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito da controvérsia fática ou jurídica sobre a qual houve dissidência.

Como não se trata de recurso - nem mesmo de recurso de ofício, como a remessa necessária -, a aplicação da técnica ocorre em *momento anterior à conclusão do julgamento*, ou seja, não há proclamação do resultado, nem lavratura de acórdão parcial, antes de a causa ser devidamente apreciada pelo colegiado ampliado.

Observa-se que o legislador, no § 1º do art. 942 do CPC/2015, determinou que, se possível, o prosseguimento do julgamento deve ocorrer na mesma sessão, colhendo-se de imediato os votos dos outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado. Contudo, não sendo isso viável, assegurou às partes e a eventuais terceiros interessados a realização de sustentações orais perante os novos julgadores convocados.

Por sua vez, no § 2º do supracitado dispositivo, autorizou-se expressamente que *“os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento”* (grifou-se).

A despeito dessa previsão legislativa, que aparentemente tornaria indubitável a possibilidade de alteração dos votos já proferidos, surgiram questionamentos no meio jurídico acerca de como deveria se dar a compatibilização desse dispositivo com a teoria do julgamento parcial de mérito e da cisão dos atos decisórios em capítulos, sob o paradigma norteador do CPC/2015.

Como contextualizam Rodrigo Becker e Marco Aurélio Peixoto,

(...) Uma das maiores polêmicas diz respeito a como se dará a continuidade do julgamento na hipótese de se ter uma parte unânime e uma parte não unânime no julgado, isto é, se os desembargadores que chegam para ampliar o colegiado poderão rever as questões que haviam sido objeto de unanimidade ou se deverão restringir seus votos àquelas questões que haviam sido objeto de divergência. (In: O artigo 942 do CPC (técnica de ampliação do colegiado) em xeque. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-artigo-942-do-cpc-tecnica-de-ampliacao-do-colegiado-em-xeque-01022018> - grifou-se)

Essa é exatamente a questão posta nos presentes autos, visto que a pretensão recursal se ampara na alegação de que teria havido unanimidade na primeira sessão de julgamento no capítulo relativo à anulação da sentença e que,

por tal motivo, a ampliação do colegiado, com a posterior revisão de votos, teria importado em nulidade processual insanável.

A tese defendida pelo recorrente quanto à devolutividade restrita do julgamento continuado é perfilhada por **José Rogério Cruz e Tucci**, para quem, uma vez ampliado o quórum, os novos desembargadores convocados devem proferir voto apenas “nos limites da devolutividade, ensejada pela nova técnica contemplada pelo Código de Processo Civil, que se circunscreve ao dissenso estabelecido pelos votos já proferidos”.

De acordo com Tucci,

(...) ao serem chamados a proferir voto, seja por meio de recurso voluntário (extintos embargos infringentes), seja por força de lei (artigo 942), não há se confundir, como ainda adverte Pontes de Miranda, retratação do que ficara decidido por unanimidade, com a devolução da matéria objeto da divergência.

É que a questão já julgada por unanimidade não exige e tampouco se justifica a intervenção de outros julgadores, até porque haveria aí inarredável ausência de compreensão da fisiologia da respectiva técnica processual, e, ainda, usurpação do princípio do juiz natural, que prevê um número X de componentes para o julgamento unânime e um número Y para julgar quando configurada divergência sobre algum capítulo da decisão. (In: Limites da devolução da matéria objeto da divergência no julgamento estendido. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-31/paradoxo-corte-limites-devolucao-materia-divergente-julgamento-estendido>)

Com efeito, como também apontam Becker e Peixoto no elucidativo artigo acima referenciado, *a polêmica doutrinária ensejou a propositura de enunciado interpretativo pela Comissão de Trabalho de Recursos e Precedentes Processuais da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho de Justiça Federal*, realizada em agosto de 2017.

O enunciado então sugerido possuía o seguinte teor: “*A técnica do julgamento ampliado (art. 942, CPC/2015) aplica-se apenas ao capítulo do julgamento em que houve divergência*” (grifou-se).

Contudo, *tal enunciado acabou rejeitado na Plenária*, prevalecendo a posição no sentido de que o colegiado formado com a convocação dos novos julgadores poderá analisar de forma ampla todo o conteúdo das razões recursais, não se limitando à matéria sobre a qual houve originalmente divergência.

Nesse sentido, Becker e Peixoto concluem que,

(...)

Não obstante a resistência de diversos segmentos do Poder Judiciário, bem como de parcela considerável da doutrina, esta parece ter se inclinado majoritariamente pelo entendimento de que os capítulos unânimes, antecedentes àquele em que foi instalada a divergência, não permanecerão intocáveis, podendo o órgão colegiado reabrir a discussão sobre todo o objeto da causa, até mesmo para reapreciar eventuais questões preliminares ou prejudiciais de mérito. Como o julgamento não se encerrou, o julgador que já tiver proferido seu voto pode revê-lo por ocasião da sessão de prosseguimento. Tal entendimento vai na linha de raciocínio do que se compreendeu recentemente na aludida Jornada do CJF, quando se rejeitou enunciado que pretendia limitar a atuação à matéria não unânime.

Filiando-se à tese da ampla cognição do recurso pelo colegiado ampliado, **Fredie Didier Jr.** leciona:

(...)

Na apelação, o art. 942 do CPC aplica-se a qualquer julgamento não unânime. Não importa o conteúdo do julgamento; se ele não for unânime, aplica-se a regra do art. 942 do CPC, com a convocação de mais dois julgadores para que se tenha prosseguimento. Se a apelação foi inadmitida por maioria de votos, se for desprovida por maioria de votos ou se for provida por maioria de votos, haverá incidência da regra. Basta que o julgamento seja não unânime.

Caso a divergência restrinja-se a um ponto ou a um capítulo específico da apelação, deve haver a convocação de mais dois julgadores e estes não estarão, como já se viu, adstritos a discutir e decidir o ponto ou o capítulo divergente. Cumpre aqui lembrar que a regra do art. 942 do CPC não tem natureza de recurso, não havendo, então, efeito devolutivo. A incidência da regra faz apenas interromper o julgamento, que deve ser retomado com quórum ampliado, podendo quem já votou rever seus votos e quem agora foi convocado tratar de todos os pontos ou capítulos pois o julgamento está em aberto e ainda não se encerrou. Há, com a aplicação do art. 942 do CPC, ampliação do debate em todo o julgamento. (In: Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, págs. 97-98 - grifou-se)

Na mesma linha, **Nelson Nery Jr.** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, ao comentarem o art. 942 do CPC/2015, qualificaram como equivocada a interpretação que limita a extensão da cognição ao conteúdo do “voto vencido”:

(...)

Trata-se de técnica e julgamento da apelação e demais feitos mencionados no texto normativo ora comentado. Não é recurso, razão pela qual não é substituto dos embargos infringentes do CPC/1973. Como é técnica de julgamento, este ainda não terminou e se prorroga em face da existência de voto vencido. *Não*

possui os requisitos e atributos do antigo recurso de embargos infringentes, motivo porque a continuação do julgamento se dá pela totalidade da matéria devolvida ao tribunal pelo recurso (v.g. de apelação) ou pela totalidade da matéria pertinente à ação rescisória, que deve ser julgada pelo tribunal. Tem sido comum o equívoco de alguns tribunais de limitar a extensão da continuidade do julgamento ao “voto vencido”, como se a técnica prevista no CPC 942 fosse o próprio e extinto recurso de embargos infringentes. A técnica prevê que, se houver voto vencido, o julgamento se prolongará pela extensão do órgão colegiado, de sorte que tudo está, ainda, em aberto, podendo haver modificação, inclusive, dos votos dos desembargadores que já os externaram ante a extensão do julgamento.

(...)

Constatada a divergência no julgamento da apelação, após a proclamação do resultado, o julgamento, a rigor, não termina, pois deverá ser submetido à nova sessão. É consequência automática da existência da divergência. Portanto, este parágrafo não constitui uma exceção ao disposto no CPC 941 § 1º. A extensão, como já dito acima, não se limita ao “voto vencido”, pois o julgamento estendido é de todo o processado. *Essa técnica de extensão não tem natureza recursal e, portanto, não há que se falar em “devolução” do conteúdo do voto vencido.* (In: Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico], 3. ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 - grifou-se)

Essa também é a compreensão de Alexandre Freitas Câmara acerca da matéria:

(...)

Não interessa, aqui, qual é a divergência que surja entre os integrantes da turma julgadora. (...) Seja qual for a divergência, será caso de ampliar-se o colegiado a que incumbe julgar a apelação.

(...)

Uma vez ampliado o colegiado, todos os cinco magistrados que o integram votam em todas as questões a serem conhecidas no julgamento da apelação. A atuação dos dois novos integrantes da turma julgadora não é limitada à matéria objeto da divergência (afinal, não se está aqui diante dos velhos embargos infringentes, estes sim limitados à matéria objeto da divergência). Devem eles, inclusive, pronunciar-se sobre matérias que já estavam votadas de forma unânime. Assim, por exemplo, se o colegiado (formado por três juízes havia, por unanimidade, conhecido da apelação, e por maioria lhe dava provimento, os dois novos integrantes do colegiado devem se manifestar também sobre a admissibilidade do recurso. E nem se diga que essa questão já estaria superada, preclusa, pois a lei é expressa em estabelecer que os votos podem ser modificados até a proclamação do resultado (CPC, art. 941, § 1º), o que permite afirmar, com absoluta segurança, que o julgamento ainda não se havia encerrado. E pode acontecer de os magistrados que compunham

a turma julgadora original, depois da manifestação dos novos integrantes do colegiado, convencerem-se de que seus votos originariamente apresentados estavam equivocados, sendo-lhes expressamente autorizado que modifiquem seus votos (art. 942, § 2º). (In: A ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes. Revista de Processo. vol. 282. ano 43. p. 251266. São Paulo: Ed. RT, agosto 2018 - grifou-se)

Leonardo Carneiro da Cunha, por sua vez, enfatiza que a ausência de efeito devolutivo é consequência da natureza jurídica da técnica de ampliação do julgamento, haja vista não se tratar de recurso. Destaca, ainda, que o prosseguimento da deliberação não tem por objetivo a mera ampliação do quórum, mas, sim, proporcionar a ampliação do debate.

A propósito:

(...) Justamente por não ser um recurso, a ampliação do julgamento prevista no art. 942 do CPC não tem “efeito devolutivo”. Significa que os novos julgadores, convocados para que o julgamento tenha prosseguimento, não estão limitados a decidir sobre o ponto divergente. O julgamento está em aberto, não se tendo encerrado. Quem já votou pode alterar seu voto e quem foi convocado pode decidir sobre tudo que esta pendente de deliberação definitiva. Se o julgador que já proferiu seu voto afastar-se ou for substituído, não poderá ter seu voto alterado (CPC, art. 941, § 1º).

O julgamento não encerrou e irá prosseguir com uma composição ampliada. Todos os julgadores devem examinar os pontos controvertidos e apreciar toda a controvérsia, para que, então, se possa encerrar o julgamento. Haverá ampliação da composição e, igualmente, ampliação do debate, com um resultado mais maduro, fruto de discussão que contou com mais outros julgadores. (In: O julgamento ampliado do colegiado em caso de divergência (CPC, art. 942) e as repercussões práticas da definição de sua natureza jurídica. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253284,101048-O+julgamento+ampliado+do+colégiado+em+caso+de+divergencia+CPC+art+942> - grifou-se)

Tal perspectiva interpretativa, que atribui à técnica em análise um caráter de *elemento qualificador do julgamento colegiado*, vai ao encontro do paradigma norteador da nova legislação processual, visto que privilegia os esforços para “uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926 do CPC/2015).

A esse respeito, merece referência, ainda, a lição de Sandro Marcelo Kozikoski e William Soares Pugliese:

(...)

Deve-se recordar que o papel dos tribunais é uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Sob esta ótica, a divergência em um julgamento deve ser tomada como um alerta ao próprio tribunal de que a questão apreciada é complexa e merece maior cautela. Ao enfrentar um caso marcado por uma divergência, o tribunal deve compreender que a matéria em julgamento é, por natureza, controversa. Isso exige dos magistrados o aperfeiçoamento de seus argumentos e da fundamentação do acórdão. Nesta tarefa, por exemplo, podem os julgadores ampliar o número de princípios considerados, expandir o universo de precedentes aplicáveis ao caso e, ainda, desenvolver com maior profundidade os argumentos do julgamento anterior. (**Uniformidade da Jurisprudência, Divergência e Vinculação do Colegiado**. In: Ampliação da colegialidade: técnica de julgamento do art. 942 do CPC. Coord. Clayton Maranhão et. al. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, pág. 33)

De fato, ao determinar a ampliação do número de julgadores se constatada uma divergência e facultar a revisão, o aperfeiçoamento e até a superação dos fundamentos expostos pelos julgadores na primeira sessão, o art. 942 do CPC/2015 ostenta o relevante propósito de assegurar uma análise mais aprofundada das teses contrapostas, mitigando os riscos de que entendimentos minoritários prevaleçam em virtude de uma composição conjuntural de determinado órgão fracionário julgador e garantindo que sejam esmiuçadas questões fáticas eventualmente controvertidas.

Reforça esse entendimento a parte final do *caput* do art. 942 do CPC/2015, que dispõe que serão convocados outros julgadores “em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores”.

Como referido trecho permite inferir, o intuito da norma é manter em aberto o julgamento até ulterior deliberação pelo quórum qualificado, garantindo-se a expressa possibilidade de reversão do resultado inicial.

4. Do caso concreto

Assentadas as premissas teóricas a respeito do art. 942 do CPC/2015 e retornando à análise do caso concreto, compreende-se que o Tribunal de origem aplicou de forma irreparável a técnica de ampliação de julgamento, diante da ausência de unanimidade na primeira sessão em que foi analisado o recurso de apelação interposto pelo Banco Santander, ora recorrente.

Convém registrar que o reexame das premissas fáticas que fundamentaram tal proceder, a fim de verificar se houve, efetivamente, alguma divergência na primeira sessão de julgamento, é inviável a esta Corte Superior por força do óbice da Súmula n. 7/STJ.

Ademais, consoante já repisado, mostra-se irrelevante para a incidência do art. 942 do CPC/2015 definir quais os aspectos tiveram entendimento divergente ou convergente por parte dos desembargadores que compunham o quórum original.

Isso porque a ampliação do colegiado é obrigatória sempre que a conclusão na primeira sessão for não unânime e independe da matéria acerca da qual houve divergência, prosseguindo o julgamento estendido de todo o processado e não apenas da parte constante do “voto vencido”.

No mais, quanto à tese recursal de que um dos julgadores não poderia ter modificado o voto anteriormente exarado, tampouco assiste razão ao recorrente, haja vista que o § 2º do art. 942 do CPC/2015 assegura literalmente tal possibilidade.

Em conclusão, não se vislumbram as suscitadas nulidades no acórdão recorrido. Vale repisar que *as questões atinentes ao mérito da ação de prestação de contas como, por exemplo, a necessidade da realização da perícia contábil, não foram objeto do recurso especial em foco*, estando, por conseguinte, preclusas.

5. *Dispositivo*

Ante o exposto, conheço do recurso especial para negar-lhe provimento, ficando prejudicado o agravo interno interposto contra a decisão que indeferiu a Tutela Provisória n. 1.596/SP.

Na origem, os honorários foram fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), os quais devem ser majorados para o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em favor do advogado da parte recorrida, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, observado o benefício da gratuidade da justiça, se for o caso.

É o voto.