



Segunda Seção

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.280.825-RJ
(2011/0190397-7)**

Relatora: Ministra Nancy Andrichi
Embargante: Clube de Investimento dos Empregados da Vale Investvale
Advogado: Carlos Mário da Silva Velloso Filho e outro(s) - DF006534
Advogados: Anna Maria da Trindade dos Reis e outro(s) - DF006811
Sérgio Carvalho - DF005306
Mônica Goes de Andrade Mendes de Almeida - RJ064037
Oswaldo Luiz Franco Rego - RJ108607
Carlos Gustavo Rodrigues Reis - RJ099663
Marcos Vinicius Santos Menezes e outro(s) - RJ122908
Advogados: Gabriela Dourado - DF031721
Renata Fernandes Hanones Carpaneda - DF039487
Embargante: Francisco Valadares Póvoa
Advogados: Maria Aparecida Miranda Terrigno - RJ059297
Carlos Fabiano Terrigno - RJ116141
Flavia Maria Terrigno Santana - RJ179070
Embargado: Assoc Aposentados, Pensionistas, Empregados Ativos e
Ex-Empregados da Companhia Vale do Rio Doce, Suas
Empreiteiras, Controladas e Coligadas - Apevale
Advogados: Alde da Costa Santos Júnior e outro(s) - DF007447
Carolina Furtado de Mendonça Teixeira de Macedo e outro(s)
- RJ152408

EMENTA

Embargos de divergência em recurso especial. Responsabilidade civil. Prescrição da pretensão. Inadimplemento contratual. Prazo decenal. Interpretação sistemática. Regimes jurídicos distintos. Unificação. Impossibilidade. Isonomia. Ofensa. Ausência.

1. Ação ajuizada em 14/08/2007. Embargos de divergência em recurso especial opostos em 24/08/2017 e atribuído a este gabinete em 13/10/2017.

2. O propósito recursal consiste em determinar qual o prazo de prescrição aplicável às hipóteses de pretensão fundamentadas em inadimplemento contratual, especificamente, se nessas hipóteses o período é trienal (art. 206, § 3, V, do CC/2002) ou decenal (art. 205 do CC/2002).

3. Quanto à alegada divergência sobre o art. 200 do CC/2002, aplica-se a Súmula 168/STJ (“Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”).

4. O instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança.

5. Nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02, com prazo de três anos.

6. Para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo “reparação civil” não abrange a composição da toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico, mas, de modo geral, designa indenização por perdas e danos, estando associada às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tem por antecedente o ato ilícito.

7. Por observância à lógica e à coerência, o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de inadimplemento contratual, incluindo o da reparação de perdas e danos por ele causados.

8. Há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador pátrio, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia.

9. Embargos de divergência parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Villas Bôas Cueva abrindo divergência parcial e não conhecendo dos embargos de divergência, a Seção, por maioria, preliminarmente, conheceu parcialmente dos embargos de divergência, vencidos os Srs. Ministros Villas Bôas Cueva, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira quanto ao conhecimento. No mérito, a Seção, por maioria, negou provimento aos embargos de divergência para manter o acórdão embargado que aplicou a prescrição decenal, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos, no mérito, os Srs. Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro. Na preliminar de conhecimento, votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região). No mérito, votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região). Impedido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. Consignados pedidos de preferência pela embargante Clube de Investimento dos Empregados da Vale - Investvale, representada pela Dra. Joana D'arc Amaral Bortone, e pela embargada Apevale, representada pelo Dr. Alde da Costa Santos Júnior.

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

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Presidente

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 2.8.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de embargos de divergência em recurso especial interpostos por *Clube de Investimento dos Empregados da Vale - Investvale* e *Francisco Valadares Póvoa*, contra acórdão da Quarta Turma do STJ, o qual deu parcial provimento ao recurso especial interposto pela primeira embargante e negou provimento àquele interposto pelo segundo embargante.

Ação: de indenização por danos materiais, ajuizada pela *Apevale - Associação dos Aposentados, Pensionistas, Empregados Ativos e Ex-Empregados da Companhia Vale do Rio Doce, Suas Empreiteiras, Controladas e Coligadas*, em razão dos prejuízos causados pelas embargantes na administração fraudulenta dos investimentos realizados no capital social da então *Companhia Vale do Rio Doce - CVRD*.

Sentença: julgou procedente o pedido, *in verbis*:

Ante o exposto, julgo procedente em parte o pedido. Em conseqüência, conde no os reus a indenizar os prejuízos sofridos pelos cotistas associados à autora, consubstanciados na diferença entre o valor da cota do Investvale no dia seguinte ao desbloqueio (14/11/2003) e o valor efetivamente recebido por cada cotista nas respectivas datas de alienações. Ocorridas a partir de 17/12/2002 (quando as ações da Valepar foram objeto de negociações entre o Investvale e o Bradespar, tornando, inequívoco o desbloqueio), multiplicada pelo número de cotas alienadas, a ser apurado em liquidação de sentença, acrescidos de juros legais e correção monetária pela UFIR-RJ, ambos a partir do dia 14/11/2003. (e-STJ fls. 3.205-3.206)

Embargos de declaração: opostos contra a sentença pelos embargantes, foram rejeitados.

Acórdão: ambos os embargantes e o embargado interpuseram apelação contra a sentença, em cujo julgamento o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da embargada e negou provimento aos recursos das embargantes, conforme ementa abaixo (e-STJ fls. 3.623-3.626):

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

Preliminares. Rejeição.

Prescrição. Termo inicial. Ciência inequívoca da lesão.

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

Mérito (2): Cotas. Alienação. Elementos para decisão. Informação relevante. Dever de informar. Omissão. Lesão aos cotistas. Dever de reparar. Integral procedência do pedido. Reforma da sentença.

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

com a peça de resposta, todos os documentos necessários à prova de suas alegações, somente admitida a juntada posterior quando supervenientes os fatos ou os próprios documentos (CPC, arts. 396 e 397). Com maior razão assim se deve proceder, quando os fatos discutidos em juízo foram já questionados à exaustão no âmbito administrativo, sobejando à parte ré oportunidades de coligir os documentos que entendesse úteis à sua defesa.

2. Na representação processual de que trata o art. 50, inciso XXI, da Constituição Federal, é a própria entidade associativa, e não os associados por ela representados, que figura no polo ativo da demanda. Exegese diversa malferiria de morte o dispositivo constitucional, por torná-lo inútil.

3. Meras diferenças aritméticas no montante a que cada representado faria jus, na hipótese de procedência do pedido condenatório, não demanda a individualização do pedido em relação a cada um deles, tratando-se de matéria passível de esclarecimento em eventual fase de liquidação. Na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a sentença condenatória é, por natureza, genérica e ilíquida.

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

5. Circunstâncias inerentes à volatilidade do mercado financeiro, ou advindas dos efeitos da Lei da Oferta e da Demanda, não são justificativa suficiente para autorizar a Administração do Clube de Investimentos a definir valores das cotas ao arrepio do critério estabelecido no respectivo Estatuto Social, ao qual incumbe exclusivamente definir as regras atinentes à aquisição, resgate e critério para cálculo das cotas (art. 40, incs. II e VI, da Instrução n. 40/84 da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, que regula a constituição e o funcionamento dos Clubes de Investimentos). O administrador profissional e probo não pode ignorar que uma determinada companhia fechada, conquanto (por definição) não tenha suas ações negociadas em bolsa de valores, pode ter seu patrimônio seguramente estimado por simples correlação com a cotação das ações de companhia aberta controlada pela referida companhia fechada, constituída tão-só para esse específico propósito. A juridicidade do uso do critério do custo de aquisição para contabilização de ativos financeiros não deve ser avaliada *in abstracto*, mas sim no cotejo das circunstâncias do caso concreto, que fornecem um sem-número de ocasiões em que esse parâmetro foi desprezado pelo Clube de Investimentos, em favor do critério do valor de mercado (adotado pelo Estatuto Social). É basilar o princípio jurídico que veda o comportamento contraditório, máxime quando dele resultam danos a terceiros, como no caso resultaram aos cotistas do InvestVale que resgataram suas cotas, ou as transferiram por intermédio do clube, a valores artificialmente baixos.

6. Como consectário do dever geral de boa-fé, o administrador de clube de investimentos está obrigado a informar aos condôminos fatos relevantes para a administração do patrimônio comum, sobretudo quando essa informação puder jogar peso significativo na tomada de decisão, pelo cotista, a respeito da alienação ou não de suas cotas. Exegese do art. 4º, incisos VI e IV, alínea "c", c/c art. 2º, inciso V, da Lei n. 6.385, de 1976 (Lei de Mercados de Capitais), e do art. 14, inciso IV, da Instrução CVM n. 40/84, que forçam à conclusão da aplicabilidade extensiva, aos clubes de investimentos, do art. 6º, *caput* e § único, da Instrução CVM n. 358/ 2002.

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

8. Os administradores do clube de investimentos respondem civilmente pelos danos causados aos condôminos pela omissão de fatos relevantes, quando comprovada sua culpa no descumprimento do dever de informar. A sucessiva omissão de informações relevantes, da qual resultou evidente vantagem pecuniária aos administradores, extingue a dúvida quanto à configuração da responsabilidade subjetiva dos mesmos, deixando margem apenas, se tanto, à indagação sobre a existência ou não de dolo - de todo irrelevante para efeitos de jurisdição civil.

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

10. Parcial provimento do primeiro recurso.

11. Desprovimento do segundo e terceiro recursos.

Embargos de declaração: ambos os embargantes e o embargado opuseram embargos de declaração contra o acórdão, os quais parcialmente acolhidos pelo TJ/RJ, *in verbis*:

Embargos de declaração. Contradição. Julgamento *extra petita*. Omissão. Incidência de correção monetária e juros moratórios, e respectivos *dies a quo*. Impositivo pronunciamento integrativo-retificador. Pretensão a novo julgamento. Impossibilidade. Escopo limitado da espécie recursal. Provimento parcial dos recursos.

1. Tratando-se de demanda ajuizada por associação na defesa dos interesses de seus associados, expressa e individualmente autorizada por eles a tal providência, incabível a prolação de sentença com efeitos *erga omnes*, impondo-se a retificação do dispositivo para, expungindo-lhe o erro de redação, evitar possível interpretação que importe em desconexão entre a sentença e o pedido.

2. Correção monetária que deve incidir desde a data do inadimplemento da obrigação, sob pena de enriquecimento sem causa do devedor, considerada a natureza jurídica de erro repositivo inflacionário.

3. Juros moratórios devidos apenas desde a citação, quando constituído em mora o devedor, levando-se em conta a natureza eminentemente contratual da relação.

4. Em nosso sistema, no âmbito do Processo Civil, a nulidade de ato processual deve ser expressamente prevista na lei (arts. 243 e 244 do CPC), e ainda assim, só deve ser declarada - com prejuízo para os atos já praticados - quando dela advier prejuízo a alguma das partes (art. 249, § 10, do CPC). O art. 31 da Lei nº 6.385/76, que é posterior ao Código de Processo Civil, ao dispor da intervenção da Comissão de Valores Mobiliários nos processos judiciais que envolvam matéria de sua competência, não acoimou de nulos os processos em que assim não se procedesse. Sendo assim, precluiu no tempo, para a parte interessada, a faculdade de argüir a alegada nulidade, nos termos do art. 245, *caput*, do Código de Processo Civil.

5. No sistema do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios são especificamente destinados à reparação de gravame resultante de obscuridade, omissão ou contradição, não determinadas por erro material manifesto. São aptos a simples pronunciamento integrativo-retificador, não se inovando além dos limites da simples declaração, para, indevidamente, se corrigirem eventuais erros in iudicando ou in procedendo.

Parcial provimento dos recursos.

Recursos especiais: os embargantes alegaram ofensa aos arts. 127, 128, 295, 332, 333, 396, 397, 460, 535 e 536 do CPC/73; aos arts. 123, 124, 125, 188, 189 e 927 do CC/2002; ao art. 82 do CDC; aos arts. 2º, 4º e 31 da Lei 6.385/76; ao art. 6º da Instrução CVM n. 358/02 e ao art. 14 da Instrução CVM n. 40/84. Alegaram cerceamento de defesa, por ter o tribunal de origem julgado desnecessária a prova documental e oral postulada. Asseverou-se a ausência de legitimidade ativa da embargada, sob o fundamento de que nem todos os associados da apelada fazem jus ao direito pleiteado. Quanto à prescrição, afirmaram que o início do prazo prescricional não pode depender de fatos exógenos à relação de direito material, mas da lesão ao direito inerente ao conceito de prescrição. Sustentaram, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

A Quarta Turma do STJ deu parcial provimento ao recurso especial interposto pela primeira embargante (*Investvale*) e negou provimento àquele interposto pelo segundo embargante (*Francisco*), em julgamento assim ementado (e-STJ fls. 4.707-4.708):

Civil e Processual. Recurso especial. Alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/73. Inexistência. Cerceamento de defesa. Súmula 7/STJ. Ausência de intimação da CVM. Dissídio não demonstrado e fundamento inatacado. Prescrição. Marco inicial. Doutrina objetiva. Data da lesão. Prazo. Ilícito contratual (art. 205 do Código Civil). Precedentes. Sentença penal condenatória. Art. 200 do Código Civil. Mérito. Reexame de matéria contratual e fática da lide. Súmulas 5 e 7 do STJ.

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

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

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

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

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

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

7. Impossível a reforma do acórdão recorrido quanto ao mérito da lide se a fundamentação do acórdão recorrido e as alegações do recurso especial estão embasadas na interpretação de elementos circunstanciais e cláusulas contratuais, eis que incide a vedação das Súmulas 5 e 7 do STJ.

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

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

Embargos de declaração: a Quarta Turma do STJ rejeitou os embargos de declaração opostos pelos embargantes e acolheu os opostos pelo embargado, com efeitos infringentes, nos termos da ementa abaixo:

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Omissão. Art. 2.028 do Código Civil. Ocorrência. Prescrição. Início. Vigência da nova lei. Princípio da irretroatividade. Acolhimento.

1. O acórdão foi omisso quanto à aplicação do art. 2.028 do Código Civil e seus efeitos diante do marco inicial da prescrição.

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

3. Embargos de declaração acolhidos, com excepcional atribuição de efeitos infringentes. (e-STJ fl. 4.856)

Embargos de divergência: pugnam pelo reconhecimento do dissídio e pelo provimento dos embargos, a fim de que prevaleça a solução adotada em julgados paradigmas (e-STJ fls. 4.866-5.262). Para essa finalidade, os embargantes trouxeram à colação sete julgados paradigmas. Divididos da seguinte forma:

(i) quatro com relação à divergência do prazo de prescrição:

“O termo “reparação civil”, constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que decorrente de dano exclusivamente moral (art. 186, parte final), e o abuso de direito (art. 187). Assim, a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de três anos. Ficam ressalvadas as pretensões cujos prazos prescricionais estão estabelecidos em disposições legais especiais”.

(REsp 1.281.594/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016)

Independentemente do seu *nomen juris*, a natureza da pretensão deduzida em ação baseada na garantia da evicção é tipicamente de reparação civil decorrente de inadimplemento contratual, a qual se submete ao prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/02.

(REsp 1.577.229/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016)

Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

(REsp 1.361.182/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016)

Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

(REsp 1.360.969/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016)

(ii) três com relação à aplicação do art. 200 do CC/2002:

A eventual apuração no âmbito criminal do fato que ensejou o falecimento do irmão do ora recorrente, no caso um atropelamento em via pública, não era questão prejudicial ao ingresso de pedido reparatório na esfera civil. Ademais, uma vez afastada a discussão acerca da culpabilidade pelo fato ou, pelo contrário, no caso de sua admissão, tal circunstância não retira o fundamento da reparação civil. Dessa forma, há, na espécie, evidente independência entre as Instâncias civil e criminal, afastando-se, por conseguinte, a possibilidade da existência de decisões conflitantes, bem como a incidência do art. 200 do Código Civil.

(REsp 1.131.125/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 18/05/2011)

Determina o dispositivo legal que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”. Como se vê, há de haver uma relação de subordinação necessária entre o fato a ser provado na ação penal e o desenvolvimento regular da ação cível.

(AgRg no REsp 1.320.528/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 04/09/2012)

Civil. Sentença. Coisa julgada. A sentença só faz coisa julgada em relação às partes entre as quais é proferida, de modo que a sentença penal condenatória do preposto não pode, no âmbito cível, ser oposta ao preponente. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 268.018/SP, Rel. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 07/04/2003, DJ 23/06/2003)

Admissibilidade: em decisão às fls. 5.328-5.329 (e-STJ), os embargos de divergência foram admitidos, nos termos do art. 1.043, I, do CPC/2015, combinado com art. 266 do RISTJ. A embargada impugnou os embargos às fls. 5.285/5.326 (e-STJ).

Parecer do MPF: o parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Antônio Carlos Martins Soares, opinou pelo conhecimento e não provimento dos embargos de divergência, *in verbis*:

Direito Civil. Responsabilidade civil. Ação de indenização contra clube de investimentos. Embargos de divergência no recurso especial. Controvérsia configurada. Manutenção da prescrição decenal, aplicação do art. 205 CC/02. Incidência também do art. 200 CC/02. Não corre a prescrição quando a causa de pedir indenizatória coincide com os termos da denúncia. Embargos de divergência no recurso especial conhecido e no mérito não provido.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito recursal consiste em determinar qual o prazo de prescrição aplicável às hipóteses de pretensão fundamentadas em inadimplemento contratual, especificamente, se nessas hipóteses o período é trienal (art. 206, § 3, V, do CC/2002) ou decenal (art. 205 do CC/2002). Além disso, o recurso em julgamento também envolve a discussão a respeito da interrupção do prazo prescricional quando envolver fato que deva ser apurado em juízo criminal, nos termos do art. 200 do CC/2002.

I - Delimitação da controvérsia

Conforme relatado no acórdão embargado, na hipótese dos autos, o embargante *Investvale* foi criado para que os empregados e aposentados do

grupo de empresas da CVRD adquirissem as ações ofertadas no mercado quando da privatização da companhia.

Após obtenção de empréstimo, em 20/05/1997, o embargante *Investvale* adquiriu as ações ofertadas da CVRD e da *Valepar*, *holding* destinada ao controle daquela companhia. Enquanto perdurasse o financiamento, cuja quitação estava programada para o ano de 2009, as ações não poderiam ser comercializadas no mercado, mas unicamente entre os cotistas ou então entre o cotista e o próprio clube, por meio de operação de resgate.

No entanto, a partir de 15/05/1997, em afronta ao estatuto social e ao mandato, os embargantes *Investvale* e *Francisco* passaram a divulgar valores muito inferiores ao real valor das cotas transferidas ou resgatadas, não prestando qualquer informação sobre o preço pelo qual as cotas tinham sido efetivamente vendidas.

Trata-se, na origem, de indenização por valores pagos a menor em violação às regras do estatuto do embargante, configurando-se uma hipótese de responsabilidade por inadimplemento contratual.

Considerando que a Quarta Turma do STJ aplicou à hipótese o prazo decenal de prescrição, nos termos do art. 205 do CC/2002, e, em relação ao embargante *Francisco*, afirmou incidente a causa de interrupção prescricional prevista no art. 200 do CC/2002.

Para facilitar o presente julgamento, primeiro será abordado somente a questão afeta ao prazo prescricional (arts. 205 ou 206 do CC/2002) e, posteriormente, a alegação de divergência quanto à causa interruptiva (art. 200 do CC/2002).

II – Do prazo prescricional por ilícito contratual

II.1 – Da admissibilidade dos embargos

Conforme relatado acima, os embargantes *Investvale* e *Francisco* apresentaram quatro acórdãos paradigma com relação à divergência do prazo de prescrição. Veja-se abaixo o cotejamento entre o acórdão embargado e os apontados como paradigma:

<i>Embargado</i>	<i>Paradigma</i>
<p>5. O prazo de prescrição de pretensão fundamentada em ilícito contratual, não havendo regra especial para o contrato em causa, é o previsto no art. 205 do Código Civil. Precedentes.</p>	<p>“O termo “reparação civil”, constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que decorrente de dano exclusivamente moral (art. 186, parte final), e o abuso de direito (art. 187). Assim, a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de três anos. Ficam ressalvadas as pretensões cujos prazos prescricionais estão estabelecidos em disposições legais especiais”. (REsp 1.281.594/SP, Terceira Turma, DJe 28/11/2016)</p>
	<p>Independentemente do seu <i>nomen juris</i>, a natureza da pretensão deduzida em ação baseada na garantia da evicção é tipicamente de reparação civil decorrente de inadimplemento contratual, a qual se submete ao prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/02. (REsp 1.577.229/MG, Terceira Turma, DJe 14/11/2016)</p>

	<p>Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002. (REsp 1.361.182/RS, Segunda Seção, DJe 19/09/2016)</p>
	<p>Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002. (REsp 1.360.969/RS, Segunda Seção, DJe 19/09/2016)</p>

Apesar de abordagem tipos contratuais distintos entre si, todos os julgados acima abordam a questão jurídica de fundo, qual seja, o prazo prescricional para a pretensão fundamentada em inadimplemento contratual, o que permite a admissibilidade dos embargos de divergência.

Quanto ao fato de os acórdãos paradigmas serem posteriores ao julgamento embargado, apesar de naquela oportunidade se tratar da aplicação de tese de recurso especial repetitivo, a Corte Especial do STJ entendeu que, na hipótese de a alteração de jurisprudência ocorrer enquanto não esgotado o prazo para a interposição dos embargos de divergência, esse recurso poderá ser admitido

(EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 1.019.717/RS, julgado em 20/09/2017, DJe 27/11/2017).

II.2 – Da prescrição: uma introdução

Considerando os efeitos jurídicos da passagem do tempo, ponderou-se que o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por meio de diversos institutos (prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada).

Como é cediço, o instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança: “*se perpétuo ou reservado indefinidamente o direito de reclamar, desapareceria a estabilidade de toda a espécie de relações*” (RIZZARDO, Arnaldo. Parte geral do Código Civil. 2. ed. Forense, 2003, p. 593). Nas palavras de Pontes de Miranda:

“violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem aos arts. 205 e 206”. O início do prazo coincide com o momento da ofensa ao direito, conta-se da data em que surge a pretensão e, destarte, a lei aplicável é a lei em vigor nessa data: “Sabe-se qual o momento de que se há contar o prazo prescricional, verificando-se quando nasceu a pretensão, ou ação” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2. ed. Borsoi, t. VI, § 699, item.2, p. 283).

Na hipótese dos autos, como expresso no acórdão embargado, a controvérsia envolve a indenização de danos causados decorrentes do descumprimento do estatuto social do clube de investimentos, o que ocasionou prejuízos aos investidores das ações da CVRD e *Valepar* e, portanto, é uma situação de responsabilidade por inadimplemento contratual.

II.3 – Da jurisprudência deste STJ

Embora se tenha prontamente reconhecido a aplicação do prazo prescricional de três anos à pretensão fundada na responsabilidade extracontratual, sobreveio dúvida a respeito da possibilidade de igualmente fazê-la incidir sobre a pretensão indenizatória fundada no inadimplemento contratual.

Desde a entrada em vigor do CC/02, essa mesma controvérsia analisada por este Superior Tribunal de Justiça algumas vezes, a fim de ser conferida a interpretação uniforme aos art. 205 e 206, § 3º, V, do CC/02.

Iniciando em 2006, a Terceira Turma deste STJ entendeu pela aplicação do prazo trienal, sob a égide do CC/02, a uma controvérsia relativa a um contrato de mandato, conforme a ementa transcrita abaixo:

I - Recurso especial. Cautelar de exibição de documentos. Subscrição de ações. Pretensão principal. Prescrição declarada na cautelar. Possibilidade.

1. É lícito ao juiz, na cautelar preparatória, desde que provocado para tanto, declarar a prescrição ou a decadência da pretensão principal (Art. 810 do CPC).

II - Art. 287, II, 'g', da Lei 6.404/76 não aplicável.

1. O amplíssimo Art. 267, II, 'g', da Lei 6.404/76, só tem aplicação quando o acionista demanda contra a companhia buscando a satisfação de direito ou a exoneração de um dever que contraiu por sua condição de acionista. Nessa situação específica - em que a condição das partes é determinante para a persecução do direito reclamado - o prazo de prescrição será trienal, independentemente do fundamento da demanda.

III - Pretensão de reparação de dano, decorrente de ato ilícito. Descumprimento contratual. Prazo prescricional vintenário (art. 177 do Código Bevilácqua). Regra de transição. Art. 2.028 do novo Código Civil. Prazo prescricional trienal (art. 206, § 3º, V, do novo Código Civil).

1. A pretensão de reparação civil, decorrente de descumprimento contratual - como é a de subscrição correta de ações - tem seu prazo prescricional regulado pelo Art. 177 do Código Bevilácqua.

2. Pela regra de transição estabelecida no Art. 2.028 do novo Código Civil, "serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

3. É da entrada em vigor da lei nova que começa a fluir o prazo prescricional mais curto nela previsto.

IV - Prescrição. Interrupção pelo despacho que determinou a citação na cautelar.

1. A prescrição ocorre quando o titular do direito não exerce, no prazo legal, ação tendente a proteger tal direito. A inércia é o requisito essencial da prescrição.

2. O despacho do juiz que determina a citação na ação cautelar preparatória tem o condão de interromper o prazo prescricional referente à pretensão principal a ser futuramente exercida (Art. 202, I, do novo Código Civil).

(REsp 822.914/RS, *Terceira Turma*, julgado em 01/06/2006, DJ 19/06/2006, p. 139)

No ano de 2008, a Segunda Seção deste STJ apreciou a mesma controvérsia jurídica, afirmando que o prazo prescricional seria de 10 (dez) anos. Neste

juízo, fixou-se o Tema 44 dos Recursos Especiais Repetitivos, ao afirmar que “*A prescrição incidente nas ações que visem à subscrição complementar de ações rege-se pelo prazo vintenário ou decenário, conforme as regras do anterior ou do atual Código Civil*”. Veja-se a ementa do mencionado julgamento:

Comercial e Processual Civil. Telecom. CRT. Contrato de participação financeira. Complementação de ações. Diferença. Prescrição. Direito pessoal. Dividendos. Arts. 177 do CC/1916, 205 e 2.028 do CC/2002. Valor patrimonial da ação. Apuração. Critério. Balancete do mês da integralização. Recurso especial repetitivo. Lei n. 11.672/2008. Resolução/STJ n. 8, de 07.08.2008. Aplicação.

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

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

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

IV. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 1.033.241/RS, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe 05/11/2008)

Por sua vez, a Quinta Turma decidiu-se pela aplicação do prazo trienal, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC/02, em uma lide que versava sobre contrato de locação, *in verbis*:

Direito Civil. Locação. Agravo regimental no agravo de instrumento. Devolução do imóvel sem condições de uso imediato. Ação de reparação de danos por ilícito contratual. Prescrição trienal. Ocorrência. Art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002. Aplicabilidade. Precedente do STJ. Agravo improvido.

1. Configura-se ação de reparação de dano por ato ilícito contratual aquela em que o locador visa cobrar do ex-locatário despesas referentes a danos causados no imóvel locado. Precedente do STJ.

2. Nas ações de reparação de dano por ilícito contratual, o prazo prescricional é de 3 (três) anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002.

3. Hipótese em que a ação foi ajuizada quando já ultrapassados mais de 3 (três) anos da devolução do imóvel locado, o que importa na prescrição do próprio fundo de direito pleiteado na inicial.

4. Agravo improvido.

(AgRg no Ag 1.085.156/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 03/03/2009, DJe 30/03/2009)

Entre os anos de 2008 e 2011, esta Corte Superior apreciou um conjunto de sete recursos, todos no sentido da aplicação do prazo decenal para a responsabilidade contratual, quais sejam: REsp 616.069/MA (Quarta Turma, j. 26/02/2008, DJe 14/04/2008); REsp 1.121.243/PR (Quarta Turma, j. 25/08/2009, DJe 05/10/2009); REsp 1.222.423/SP (Quarta Turma, j. 15/09/2011, DJe 01/02/2012); REsp 1.276.311/RS (Quarta Turma, j. 20/09/2011, DJe 17/10/2011); REsp 1.150.711/MG (Quarta Turma, j. 06/12/2011, DJe 15/03/2012); AgRg no REsp 1.057.248/PR (Terceira Turma, j. 26/04/2011, DJe 04/05/2011); e AgRg no AREsp 14.637/RS (Quarta Turma, j. 27/09/2011, DJe 05/10/2011).

Analisando-se o período de 2013 até o primeiro semestre de 2016, é possível encontrar mais quatorze recursos julgados por este STJ que abordam a questão da prescrição de responsabilidade contratual. Com exceção de recursos que não impugnavam o julgamento relativo à prescrição dos Tribunais de origem, é possível afirmar que todos os julgamentos deste Superior Tribunal de Justiça decidiam pela aplicação da prescrição decenal para as hipóteses de responsabilidade contratual.

Abaixo segue a relação dos julgamentos por este Superior Tribunal de Justiça que afirmam expressamente ser incidente a prescrição decenal às hipóteses de responsabilidade contratual, entre 2013 e 2016: AgRg no Ag 1.401.863/PR (Quarta Turma, j. 12/11/2013, DJe 19/11/2013); AgRg no AREsp 426.951/PR (Quarta Turma, j. 03/12/2013, DJe 10/12/2013); REsp 1.326.445/PR, (Terceira Turma, j. 04/02/2014, DJe 17/02/2014); REsp 1.159.317/SP (Terceira Turma, j. 11/03/2014, DJe 18/03/2014); AgRg no AREsp 477.387/DF (Quarta Turma, j. 21/10/2014, DJe 13/11/2014); AgRg no REsp 1.436.833/RS (Terceira Turma, j. 27/05/2014, DJe 09/06/2014); AgRg no REsp 1.485.344/SP (Terceira Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 13/02/2015); AgRg no REsp 1.516.891/RS (Segunda Turma, j. 28/04/2015, DJe 06/05/2015); AgRg no Ag 1.327.784/ES (Quarta Turma, j. 27/08/2013, DJe 06/09/2013); AgRg no REsp 1.317.745/SP (Terceira Turma, j. 06/05/2014, DJe 14/05/2014); AgRg no REsp 1.411.828/RJ (Terceira Turma, j. 07/08/2014, DJe 19/08/2014); AgRg no AREsp 783.719/SP (Quarta Turma, j. 10/03/2016, DJe 17/03/2016); e AgInt no REsp 1.112.357/SP (Primeira Turma, j. 14/06/2016, DJe 23/06/2016).

No segundo semestre de 2016, contudo, após praticamente uma década de jurisprudência firmada no sentido de aplicar o prazo decenal à responsabilidade contratual, no julgamento do REsp 1.281.594/SP (Terceira Turma, DJe 28/11/2016), esta Turma entendeu que o prazo prescricional deve ser o mesmo, três anos, tanto para responsabilidade contratual para a extracontratual, conforme ementa abaixo:

Recurso especial. Processual Civil. Civil. Ausência de violação do art. 535 do CPC/1973. Prescrição. Pretensão fundada em responsabilidade civil contratual. Prazo trienal. Unificação do prazo prescricional para a reparação civil advinda de responsabilidade contratual e extracontratual. Termo inicial. Pretensões indenizatórias decorrentes do mesmo fato gerador: rescisão unilateral do contrato. Data considerada para fins de contagem do lapso prescricional trienal. Recurso improvido.

1. Decidida integralmente a lide posta em juízo, com expressa e coerente indicação dos fundamentos em que se firmou a formação do livre convencimento motivado, não se cogita violação do art. 535 do CPC/1973, ainda que rejeitados os embargos de declaração opostos.

2. O termo “reparação civil”, constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que decorrente de dano exclusivamente moral (art. 186, parte final), e o abuso de direito (art. 187). Assim, a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de três anos. Ficam ressalvadas as pretensões cujos prazos prescricionais estão estabelecidos em disposições legais especiais.

3. Na V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizada em novembro de 2011, foi editado o Enunciado n. 419, segundo o qual “o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”.

4. Decorrendo todos os pedidos indenizatórios formulados na petição inicial da rescisão unilateral do contrato celebrado entre as partes, é da data desta rescisão que deve ser iniciada a contagem do prazo prescricional trienal.

5. Recurso especial improvido.

(REsp 1.281.594/SP, Terceira Turma, DJe 28/11/2016)

Neste julgamento, em resumo, esta Turma entendeu que: (i) o termo “reparação civil” é abrangente o bastante para se referir igualmente à responsabilidade contratual e à extracontratual; (ii) o prazo trienal é mais

adequado às regras regentes da responsabilidade contratual; e (iii) que o princípio da isonomia impõe a utilização do prazo trienal também para a responsabilidade contratual.

II.4 – *Considerações sobre os elementos da prescrição*

Considerando a relevância da controvérsia em julgamento e as diferentes orientações jurisprudenciais deste Superior Tribunal de Justiça, o recurso em julgamento impõe a este STJ nova reflexão e aprofundamento sobre o tema. Passa-se, desse modo, a analisar os elementos essenciais para a correta interpretação da prescrição por inadimplemento contratual.

a. Do elemento normativo-literal

Para se determinar o correto prazo prescricional nas hipóteses de responsabilidade contratual, deve-se perquirir, em primeiro lugar, sobre o elemento normativo-literal do dispositivo legal. Nesse sentido, questiona-se a designação “reparação civil” também poderia ser utilizada para se referir a situações de danos gerados a partir do inadimplemento contratual. Para esse mister, é necessário analisar as ocorrências desse termo no CC/02.

A primeira ocorrência é no art. 932, em que expande os responsáveis pela reparação civil por danos cometidos por terceiros, por exemplo, de forma que os pais são responsáveis pelos filhos, o tutor, pelos pupilos, o empregador, pelos empregados, etc. Outra ocorrência é no art. 942, em que se estabelece a solidariedade pela reparação em situações de coautoria. Ademais, no art. 943 dispõe que o direito de exigir a reparação é transmissível por meio de herança. Por fim, o *caput* do art. 953 afirma que “*a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido*”.

Repare-se que todas essas ocorrências do uso da expressão “reparação civil” estão contidas no Título IX, do Livro I, da Parte Especial do CC/02, que versa sobre responsabilidade civil *extracontratual*.

Nas hipóteses em que o CC/02 se refere à inadimplemento contratual, tal como o Título IV do Livro I da Parte Especial (arts. 389 a 405), não há menção à expressão “reparação civil”. Da mesma forma no CC/16, o qual não continha a esse termo nos arts. 955 a 963 e 1056 a 1061, os quais dispunham sobre inadimplemento contratual. Dessa forma, partindo-se de uma interpretação literal do texto normativo, compreende-se que o termo “reparação civil” foi

utilizado pelo legislador *apenas* quando pretendeu se referir à responsabilidade extracontratual.

Como afirmam os doutrinadores Judith MARTINS-COSTA e Cristiano ZANETTI (**Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos**. RT, vol. 979/2017, maio/2017, p. 215-241), a expressão em comento não pode se referir às situações de inadimplemento contratual, mesmo com a tendência normativa de redução de prazos prescricionais, pois “*a tendência à redução dos prazos previstos no diploma anterior não permite desconsiderar o dado normativo que o intérprete tem diante dos olhos e que, nos códigos brasileiros, nunca foi empregado para disciplinar a responsabilidade contratual. Maiores ou menores, os prazos prescricionais a se observar são sempre fixados pelo legislador*”.

Humberto THEODORO JR. também interpreta o conceito de “reparação civil” de maneira restritiva, apesar de sua aparente amplitude, para abarcar *apenas* os casos de reparação civil dos danos *ex delicto*, afirma que, com a intenção de reduzir prazos prescricionais, o Código vigente incluiu o prazo da reparação civil no rol das submetidas ao prazo de três anos, independentemente se se cuide de ato ilícito doloso ou culposo, ou de danos materiais ou morais: “a prescrição civil é uma só” (Comentários ao novo Código Civil. Forense, 2003, vol. 3, t. II, item 389, p. 328). Ainda nas palavras desse doutrinador, o CC/02 ao mencionar o termo “reparação civil”:

está cogitando da obrigação que nasce do ato ilícito *stricto sensu*. Não se aplica, portanto, às hipóteses de violação do contrato, já que as perdas e danos, em tal conjuntura, se apresentam com função “secundária”. O regime principal é o do contrato, ao qual deve aderir o dever de indenizar como acessório, cabendo-lhe função própria do plano sancionatório. Enquanto não prescrita a pretensão principal (a referente à obrigação contratual) não pode prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos) (...) Esta é a interpretação que prevalece no direito italiano (Código Civil, art. 2.947), onde se inspirou o Código brasileiro para criar uma prescrição reduzida para a pretensão de reparação do dano (Comentários ao novo Código Civil. Forense, 2003, vol. 3, t. II, item 303, p. 333)

Cumprido mencionar que esta mesma Turma já havia se manifestado no sentido da compreensão restritiva, no julgamento do REsp 1.159.317/SP, associando o termo “reparação civil” ao princípio do “*a ninguém ofender*” (em latim, *neminem laedere*) e, portanto, à responsabilidade extracontratual, *in verbis*:

18.- A expressão “reparação civil”, contida no art. 206, § 3º, V, tem acepção bastante ampla, mas, de modo geral, designa indenização por perdas e danos,

estando associada, necessariamente, às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tem por antecedente o ato ilícito. A pretensão de cobrança fundada em reparação civil deve, portanto, decorrer de danos sofridos em razão de ato ilícito (em sentido estrito) praticado, estando associada ao princípio do *neminem laedere* que serve de lastro para toda a doutrina da responsabilidade civil. (REsp 1.159.317/SP (Terceira Turma, j. 11/03/2014, DJe 18/03/2014)

Em conclusão, para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo “reparação civil” não abrange a composição da *toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico*, mas *apenas* as consequências danosas do ato ou conduta ilícitos em sentido estrito e, portanto, *apenas para as hipóteses de responsabilidade civil extracontratual*.

b. Do elemento lógico-sistemático

Obviamente, o elemento literal não encerra toda a interpretação de uma norma jurídica, sem considerar o contexto normativo em que se encontra inserida. Assim, o conteúdo literal é apenas o ponto de partida da interpretação jurídica, impondo ao intérprete a consideração de seu elemento lógico-sistemático. Como nos alerta o Professor Juarez FREITAS, “*qualquer norma singular só se esclarece plenamente na totalidade das normas, dos valores e dos princípios*” (**A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15) e, dessa forma, apenas por meio de uma interpretação sistemática do direito é possível atribuir a melhor significação às normas, de forma a garantir sua integridade e coerência lógica.

Quando se visualiza o ciclo de vida dos contratos, percebe-se que a esmagadora maioria deles se encerra pelo adimplemento das prestações acertadas e a consequente extinção do liame jurídico entre as partes.

Nas hipóteses de inadimplemento contratual, contudo, a regra geral é a execução específica. Assim, ao credor é permitido exigir do devedor o exato cumprimento daquilo que foi avençado. Se houver mora, além da execução específica da prestação, o credor pode pleitear eventuais perdas e danos decorrentes da inobservância do tempo ou modo contratados (arts. 389, 394 e 395 do CC/02). Na hipótese de inadimplemento definitivo (art. 475 do CC/02), o credor poderá escolher entre a execução pelo equivalente ou, observados os pressupostos necessários, a resolução da relação jurídica contratual. Em ambas alternativas, poderá requerer, ainda, o pagamento de perdas e danos eventualmente causadas pelo devedor.

Há, desse modo, três pretensões potenciais por parte do credor, quando se verifica o inadimplemento contratual, todas interligadas pelos mesmos contornos fáticos e pelos mesmos fundamentos jurídicos, sem qualquer distinção evidente no texto normativo. Tal situação exige do intérprete a aplicação das mesmas regras para as três pretensões. Nas palavras de Judith MARTINS-COSTA e Cristiano ZANETTI (**Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos**. RT, vol. 979/2017, maio/2017, p. 215-241):

sendo o dever de indenizar pelo inadimplemento substitutivo ao cumprimento contratual (consistindo no “segundo momento” da relação obrigacional) participa, ontológica e funcionalmente, do mesmo fenômeno, razão pela qual, logicamente, há de ser seguido o mesmo prazo previsto para as ações de cumprimento do negócio, isto é, dez anos.

Considerando a logicidade e a integridade da legislação civil, por questão de coerência, é necessário que o credor esteja sujeito ao mesmo prazo para exercer as três pretensões que a lei põe à sua disposição como possíveis reações ao inadimplemento.

Não parece haver sentido jurídico nem lógica a afirmação segundo a qual o credor tem um prazo para: (i) exigir o cumprimento da prestação; e (ii) outro para reclamar o pagamento das perdas e danos que lhe são devidos em razão do mesmo descumprimento. Se, em uma determinada situação que não ocorreu a prescrição, o contratante ainda pode exigir o cumprimento integral do objeto contratado (ou a execução pelo equivalente), carece de lógica negar-lhe a possibilidade de pleitear a indenização dos danos originados pelo mesmo descumprimento.

Nesse sentido, o art. 205 do CC/02 mantém a integridade lógica e sistemática da legislação civil. Assim, quando houver mora, o credor poderá exigir tanto a execução específica como o pagamento por perdas e danos, pelo prazo de dez anos. Da mesma forma, diante do inadimplemento definitivo, o credor poderá exigir a execução pelo equivalente ou a resolução contratual e, em ambos os casos, o pagamento de indenização que lhe for devida, igualmente pelo prazo de dez anos. Como afirma a doutrina, o objetivo da interpretação sistemática do direito é “*em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos*” (Juarez FREITAS. *Op. cit.*, p. 54).

Nesse contexto, visando a preservação da coerência do CC/02 e para lhe atribuir a melhor significação e evitar antinomias, a melhor interpretação sistemática dos dispositivos normativos em julgamento mostra-se aquela que atribui *a mesma regra prescricional para as consequências negativas originadas do mesmo fato e com mesmos fundamentos jurídicos*. Em resumo, para as mesmas causas, as mesmas consequências devem ser observadas. Nas palavras da doutrina civilista:

A preservação da coerência do ordenamento jurídico exige que, como regra, o credor tenha à disposição o mesmo prazo para exercer os distintos direitos que possui diante do descumprimento, a saber, a execução específica, a execução pelo equivalente ou a resolução, somadas, em todas as hipóteses, às perdas e danos decorrentes do inadimplemento. O raciocínio em sentido diverso priva de lógica e de coerência o ordenamento e, portanto, não encontra abrigo entre nós. (Judith MARTINS-COSTA e Cristiano ZANETTI. *Op. cit.* p. 215-241)

Por observância à lógica e à coerência, portanto, o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de inadimplemento contratual, incluindo o da reparação de perdas e danos por ele causados.

c. Do elemento de igualdade

Deve-se estar atento à correlação entre fato e valor como pressupostos de aplicação da norma, considerando a filosofia subjacente à elaboração do CC/02. Trata-se, nesse ponto, de avaliar a observância do princípio da isonomia na aplicação do prazo prescricional por inadimplemento contratual. Em outras palavras, cumpre analisar se, para os mesmos fatos e valores, não se estaria atribuindo regras distintas.

Para esse mister, vale mencionar o magistério de BANDEIRA DE MELLO, segundo o qual “*a lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos*”. Para o jurista, são três os justos critérios para análise das situações de igualdade, acrescido posteriormente por um quarto:

1. A diferenciação não pode tornar-se fator de desigualação ou de obtenção de vantagem desproporcional para uma das partes
2. Deve existir uma correlação lógica abstrata existente entre o fator de discriminação e a disparidade com o tratamento diferenciado.
3. Na implementação de uma igualdade material os valores constitucionais precisam ser respeitados.
4. O vínculo de correlação precisa

ser pertinente em função dos interesses constitucionalmente assegurados. A razão da desigualação precisa, pois, ser valiosa para o bem público. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21).

No direito privado brasileiro, a responsabilidade extracontratual é historicamente tratada de modo distinto daquela contratual, por um motivo muito simples: são fontes de obrigações muito diferentes, com fundamentos jurídicos diversos. Essa diferença fática e jurídica impõe o tratamento distinto do prazo prescricional, pois a violação a direito absoluto e o inadimplemento de um direito de crédito não se confundem nem na tradição jurídica pátria, nem na natureza das coisas.

Trata-se da teoria dualista ou clássica das fontes de obrigações do direito civil, cuja origem reside no Direito Romano e foi se perpetuando no ordenamento jurídico brasileiro. A diferença é muito mais que uma designação jurídica, têm fundamento nos fatos, nos valores e nas normas aplicáveis a cada situação.

Apesar do surgimento de teses unitaristas, principalmente após a publicação do CDC, tal distinção foi mantida no CC/02, justificada nos diferentes fundamentos fáticos e axiológicos e, especialmente, nos distintos regimes jurídicos aplicáveis a cada espécie de responsabilidade civil. Como afirmam MARTINS-COSTAS e ZANETTI, “*a existência de um dever comum – reparar o dano causado – não implica a igualdade de fundamentos fáticos, valores a tutelar e regime jurídico a seguir*”. Com efeito, é possível encontrar muitas distinções de regime jurídico entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, inclusive com relação: à capacidade das partes, quanto à prova do prejuízo; à avaliação da culpa entre os sujeitos envolvidos no dano; aos diferentes graus de culpa para a imputação do dever de indenizar: ao termo inicial para a fixação do ressarcimento: e, por fim, à possibilidade de prefixação do dano e de limitar ou excluir a responsabilidade, pois somente a responsabilidade contratual permite fixar, limitar ou mesmo excluir o dever de indenizar.

Analisando as *diferenças fáticas* entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, há uma sensível diferença quanto ao grau de proximidade entre as partes contratuais nas suas relações sociais.

No contrato, que é sempre voluntário, há o maior grau de proximidade entre as partes contratuais, que se aproximam e planejam em conjunto o futuro de suas relações patrimoniais. Nessas hipóteses, o contrato pode ser precedido de longa fase negocial, e podem se protrair longamente no tempo.

De outro lado, na responsabilidade extracontratual, os sujeitos encontram-se no grau máximo de distanciamento. Em realidade, nessas circunstâncias, as partes entram em contato pelo mero fato de viverem em sociedade, sem qualquer negociação ou aproximação prévias.

Também há uma relevante diferença quanto aos *bens jurídicos tutelados* por cada espécie de responsabilidade civil. Na responsabilidade civil extracontratual, protegem-se bens jurídicos gerais, absolutos, derivados do comando de não ofender ninguém (*neminem laedere*). A relação jurídica entre vítima e ofensor é pontual, surge com o dano e apenas em razão dele, encerrando-se assim que ocorre a reparação. Seu fundamento é a “*reprovação ética à injusta violação de direitos alheios derivada de uma falta de diligência lato sensu compreendida*” (MARTINS-COSTA e ZANETTI. *Op. cit.*).

Porém, quando se trata de responsabilidade por inadimplemento contratual, há previamente uma *relação entre as partes* que se protraí no tempo, normalmente precedidas de aproximação e negociação, que ajustam exatamente o escopo do relacionamento entre elas. Essas relações não ocorrem por acaso, ou pelo mero “viver em sociedade”, mas derivam de um negócio jurídico. Normalmente, há um mínimo de confiança entre as partes, e o dever de indenizar da *responsabilidade contratual* encontra seu fundamento na *garantia da confiança legítima entre elas*.

A invocação ao princípio da isonomia insculpido no art. 5º, *caput*, da CF, para reduzir a três anos o prazo prescricional de responsabilidade por inadimplemento contratual, acaba em realidade ferindo o próprio preceito que exige, de um lado, o tratamento idêntico a situações semelhantes e, de outro, o tratamento diferenciado para hipóteses que são distintas. Igualou-se inadimplemento contratual com inadimplemento absoluto, que são institutos muito distintos.

Para essa finalidade, cumpre mencionar novamente a lição de BANDEIRA DE MELLO quanto ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade ou isonomia, em especial quanto ao fator de discriminação operados pela legislação, afirma-se que:

Sob este segmento [isonomia e fator de discriminação], colocaremos em pauta dois requisitos, a saber: a) a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto,

um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar; b) o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes. (Celso Antônio Bandeira de MELLO. **O Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 11ª tir., 2003, p. 23)

Como demonstrado acima, há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que *largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador civil pátrio*, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia.

Assim, a distinção dos prazos comporta crítica, mas diz respeito somente a uma possível alteração legislativa, como admite Sérgio Cavalieri Filho, que afirma expressamente que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a tese dualista ou clássica (**Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 9ª ed., 2010, p. 16), a qual também é adotada em muitos países, como a Itália, Espanha e Portugal.

Do ponto de vista pragmático, também se mostra adequada a distinção dos prazos. Em contratos mais duradouros, sempre é viável e mais provável que as partes se componham de alguma maneira, de forma a evitar longas e dispendiosas disputas judiciais, o que é improvável de ocorrer na responsabilidade extracontratual.

Por fim, como afirmado no acórdão embargado, não é aplicável o prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, IV, do CC/2002, pois tal dispositivo incide apenas sobre as hipóteses de enriquecimento sem causa. E, nos termos do CC/2002, o enriquecimento sem causa como instituto de aplicação subsidiária, ao dispor expressamente que “*não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido*”.

III – Da interrupção da prescrição (art. 200 do CC/2002)

Com relação à alegada dissonância na interpretação do art. 200 do CC/2002, os embargantes apresentaram três acórdãos paradigmas. Conforme o cotejamento abaixo:

Embargado	Paradigma
<p>6. Não corre o prazo de prescrição no tocante à parte do pedido indenizatório cuja causa de pedir é conduta em persecução no juízo criminal (Código Civil, art. 200). Precedentes.</p>	<p>A eventual apuração no âmbito criminal do fato que ensejou o falecimento do irmão do ora recorrente, no caso um atropelamento em via pública, não era questão prejudicial ao ingresso de pedido reparatório na esfera civil. Ademais, uma vez afastada a discussão acerca da culpabilidade pelo fato ou, pelo contrário, no caso de sua admissão, tal circunstância não retira o fundamento da reparação civil. Dessa forma, há, na espécie, evidente independência entre as Instâncias civil e criminal, afastando-se, por conseguinte, a possibilidade da existência de decisões conflitantes, bem como a incidência do art. 200 do Código Civil. (REsp 1.131.125/RJ, Terceira Turma, DJe 18/05/2011)</p>
	<p>Determina o dispositivo legal que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”. Como se vê, há de haver uma relação de subordinação necessária entre o fato a ser provado na ação penal e o desenvolvimento regular da ação cível. (AgRg no REsp 1.320.528/SP, Terceira Turma, DJe 04/09/2012)</p>
	<p>CIVIL. SENTENÇA. COISA JULGADA. A sentença só faz coisa julgada em relação às partes entre as quais é proferida, de modo que a sentença penal condenatória do preposto não pode, no âmbito cível, ser oposta ao preponente. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 268.018/SP, Terceira Turma, DJ 23/06/2003)</p>

Os julgamentos acima, contudo, não guardam similitude fática com o acórdão embargado, pois na hipótese houve o oferecimento de denúncia, com instauração de processo criminal e prolação de sentença condenatória, enquanto que, nos paradigmas apontados, não ocorreu o ajuizamento da ação penal.

Além disso, o julgamento embargado apresenta entendimento que está em conformidade com a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes julgados: AgRg no AREsp 580.041/DF (Terceira Turma, j. 15/12/2015, DJe 03/02/2016); AgRg no AREsp 631.181/SP (Terceira Turma, j. 24/11/2015, DJe 07/12/2015); e no REsp 1.704.525/AP (Terceira Turma, j. 12/12/2017, DJe 18/12/2017), cuja ementa segue abaixo:

Civil e Processo Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Injúria religiosa e racial. Ação penal. Causa impeditiva da prescrição. Art. 200 do CC/2002. Ocorrência.

1. Ação ajuizada em 29/05/2013. Recurso Especial interposto em 20/05/2015 e atribuído a este Gabinete em 25/08/2016.

2. O propósito recursal consiste em determinar a legalidade na decretação da prescrição da pretensão de reparação dos danos morais suportados pelas recorrentes, considerando que o mesmo evento danoso pode ser compreendido como um fato típico e, portanto, crime, o que interromperia o prazo prescricional, nos termos do disposto no art. 200 do CC/2002.

3. O comando do art. 200 do CC/02 incide quando houver relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal, isto é, quando a conduta originar-se de fato também a ser apurado no juízo criminal, sendo fundamental a existência de ação penal em curso ou ao menos inquérito policial em trâmite.

4. Não é possível afastar a aplicação do art. 200 do CC/2002 em hipóteses que envolvam, além do pedido de indenização, discussões relacionadas à existência de responsabilidade solidária entre o autor da ofensa e aquele que consta no polo passivo da controvérsia, em razão da relação de preposto.

5. Recurso especial conhecido e provido.

Assim, aplica-se – quanto à suposta divergência sobre a interpretação do art. 200 do CC/2002 – a Súmula 168/STJ, segundo a qual “*não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado*”.

Pelo exposto, seja pela ausência de similitude fática seja pela aplicação da Súmula 168/STJ, não se conhece dos embargos de divergência quanto ao art. 200 do CC/2002.

IV – Da conclusão

Em conclusão, pode-se afirmar que o instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança.

Com exceção de recursos que não impugnavam o julgamento relativo à prescrição dos Tribunais de origem, é possível afirmar que os julgamentos do STJ, até o segundo semestre de 2016, decidiam pela aplicação da prescrição decenal para as hipóteses de responsabilidade por inadimplemento contratual.

Na qualidade de *razões de decidir*, pode-se mencionar que, para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo “reparação civil” abrange apenas as consequências danosas do ato ou conduta ilícitos em sentido estrito e, portanto, apenas para as hipóteses de responsabilidade civil extracontratual.

Em cumprimento à logicidade, coerência e integridade da legislação civil, é necessário que o credor se sujeite ao mesmo prazo para exercer as três pretensões que a lei disponibiliza para se insurgir contra o inadimplemento.

Não há sentido jurídico nem lógica a afirmação segundo a qual o credor tem um prazo para: (i) exigir o cumprimento da prestação; e (ii) outro para reclamar o pagamento das perdas e danos que lhe são devidos em razão do mesmo descumprimento. Nesse sentido, o art. 205 do CC/02 mantém a integridade lógica e sistemática da legislação civil.

Como *argumento de reforço*, podemos mencionar que, no direito privado brasileiro, a responsabilidade extracontratual é historicamente tratada de modo distinto daquela contratual, por um motivo muito simples: são fontes de obrigações muito diferentes, com fundamentos jurídicos distintos.

Sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia, há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador pátrio.

Forte nessas razões, *conheço parcialmente* dos embargos de divergência e *nego-lhes provimento*, para manter o acórdão embargado que aplicou a prescrição decenal porque fundada em pretensão por inadimplemento contratual (art. 205 do CC/2002).

VOTO-VISTA VENCIDO (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Pedi vista dos autos para uma melhor compreensão da controvérsia e, em especial, para aferir se estão preenchidos, no caso, os pressupostos de admissibilidade da estreita via recursal dos embargos de divergência.

Cuida-se de dois embargos de divergência opostos, respectivamente, por *Clube de Investimento dos Empregados da Vale - Investvale* (e-STJ fls. 4.866/5.262) e *Francisco Valadares Póvoa* (e-STJ fls. 4.866/4.919) ao acórdão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, dando parcial provimento ao recurso especial do primeiro e negando provimento ao recurso especial do segundo embargante, restou assim ementado:

Civil e Processual. Recurso especial. Alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/73. Inexistência. Cerceamento de defesa. Súmula 7/STJ. Ausência de intimação da CVM. Dissídio não demonstrado e fundamento inatacado. Prescrição. Marco inicial. Doutrina objetiva. Data da lesão. Prazo. Ilícito contratual (art. 205 do Código Civil). Precedentes. Sentença penal condenatória. Art. 200 do Código Civil. Mérito. Reexame de matéria contratual e fática da lide. Súmulas 5 e 7 do STJ.

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

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

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

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

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

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

7. Impossível a reforma do acórdão recorrido quanto ao mérito da lide se a fundamentação do acórdão recorrido e as alegações do recurso especial estão embasadas na interpretação de elementos circunstanciais e cláusulas contratuais, eis que incide a vedação das Súmulas 5 e 7 do STJ.

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

9. Recurso especial de Francisco Valadares Póvoa conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido (e-STJ fls. 4.707/4.708 - grifou-se).

No recurso que ora apresenta à Segunda Seção (e-STJ fls. 4.866/5.262), o primeiro embargante - *Clube de Investimento dos Empregados da Vale - Investvale* - afirma que o acórdão embargado espousa orientação divergente da que prevaleceu em precedentes da Terceira Turma a respeito de duas questões específicas, a saber: (i) o prazo de prescrição da pretensão deduzida na hipótese vertente e (ii) a aplicabilidade da regra inserta no art. 200 do Código Civil.

A respeito do primeiro dissenso suscitado, afirma o embargante que a Quarta Turma, no aresto embargado, assentou “ser decenal a prescrição da pretensão indenizatória lastreada em ilícito contratual (CC, art. 205)” (e-STJ fl. 4.877), tendo reservado apenas à responsabilidade civil extracontratual o prazo prescricional trienal relativo à pretensão de reparação civil de que trata o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, e que tal orientação discrepa da solução esposada pela Terceira Turma e pela Segunda Seção em casos análogos, nos quais se teria reconhecido que a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o prazo prescricional das pretensões indenizatórias teria sido unificado (em três anos), pelo que o termo “reparação civil”, constante do mencionado art. 206, § 3º, V, desse diploma legal, deveria ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual quanto a responsabilidade extracontratual.

Nesse aspecto, apontou como paradigmas acórdãos da Terceira Turma que foram prolatados quando do julgamento dos REsps n. 1.281.594/SP e 1.577.229/MG bem como arestos da Segunda Seção exarados no julgamento do REsp n. 1.360.969/RS (pela sistemática dos recursos repetitivos) e do EREsp n. 1.351.420/RS.

Eis as ementas dos mencionados julgados:

Recurso especial. Processual Civil. Civil. Ausência de violação do art. 535 do CPC/1973. Prescrição. Pretensão fundada em responsabilidade civil contratual. Prazo trienal. Unificação do prazo prescricional para a reparação civil advinda de responsabilidade contratual e extracontratual. Termo inicial. Pretensões indenizatórias decorrentes do mesmo fato gerador: rescisão unilateral do contrato. Data considerada para fins de contagem do lapso prescricional trienal. Recurso improvido.

1. Decidida integralmente a lide posta em juízo, com expressa e coerente indicação dos fundamentos em que se firmou a formação do livre convencimento motivado, não se cogita violação do art. 535 do CPC/1973, ainda que rejeitados os embargos de declaração opostos.

2. O termo “reparação civil”, constante do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, deve ser interpretado de maneira ampla, alcançando tanto a responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) como a extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que decorrente de dano exclusivamente moral (art. 186, parte final), e o abuso de direito (art. 187). Assim, a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de três anos. Ficam ressalvadas as pretensões cujos prazos prescricionais estão estabelecidos em disposições legais especiais.

3. Na V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizada em novembro de 2011, foi editado o Enunciado n. 419, segundo o qual “o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”.

4. Decorrendo todos os pedidos indenizatórios formulados na petição inicial da rescisão unilateral do contrato celebrado entre as partes, é da data desta rescisão que deve ser iniciada a contagem do prazo prescricional trienal.

5. Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.281.594/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 28/11/2016 - grifou-se).

Civil e Processo Civil. Recurso especial. Ação reparatória com base na garantia da evicção. Interesse de agir configurado. Prazo prescricional trienal. Dever de indenizar. Honorários advocatícios. Revisão. Impossibilidade.

1. Ação de ressarcimento pela evicção ajuizada em 09/12/2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 08/06/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016.

2. Discute-se a existência de interesse de agir do recorrido; o prazo prescricional aplicável à pretensão de ressarcimento pela evicção; a configuração do dever de indenizar; e a proporcionalidade dos honorários advocatícios arbitrados.

3. A análise quanto à eventual existência de crédito a ser compensado entre as partes não prescinde do reexame do conjunto fático-probatório, vedado pela súmula 7 do STJ, e não afasta o interesse de agir do adquirente de ter reconhecida a evicção e o direito de reparação dela consequente.

4. *Independentemente do seu nomen juris, a natureza da pretensão deduzida em ação baseada na garantia da evicção é tipicamente de reparação civil decorrente de inadimplemento contratual, a qual se submete ao prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/02.*

5. Reconhecida a evicção, exsurge, nos termos dos arts. 447 e seguintes do CC/02, o dever de indenizar, ainda que o adquirente não tenha exercido a posse do bem, já que teve frustrada pelo alienante sua legítima expectativa de obter a transmissão plena do direito.

6. Alterar o decidido no acórdão impugnado, no que se refere ao valor fixado para honorários advocatícios, exige o reexame de fatos e provas, vedado em recurso especial pela Súmula 7 do STJ.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp n. 1.577.229/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/11/2016, DJe de 14/11/2016 - grifou-se).

1. Recurso especial representativo de controvérsia. Civil. Contrato de plano ou seguro de assistência à saúde. Pretensão de nulidade de cláusula de reajuste. Alegado caráter abusivo. Cumulação com pretensão de restituição dos valores pagos indevidamente. Efeito financeiro do provimento judicial. Ação ajuizada ainda na vigência do contrato. Natureza continuativa da relação jurídica. Decadência. Afastamento. Prazo prescricional trienal. Art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002. Pretensão fundada no enriquecimento sem causa. 2. Caso concreto: entendimento do Tribunal *a quo* converge com a tese firmada no repetitivo. Prescrição trienal. Enriquecimento sem causa. Pedido de reconhecimento da prescrição ânua prevista no art. 206, § 1º, II do CC/2002. Afastamento. Recurso especial a que se nega provimento.

1. Em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se despicienda a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico - com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão - ou de nulidade relativa - com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato (CC/2002, art. 179). Isso porque a pretensão última desse tipo de demanda, partindo-se da premissa de ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal, é de natureza condenatória, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, alcançável pela prescrição. Então, estando o

contrato ainda em curso, esta pretensão condenatória, prescritível, é que deve nortear a análise do prazo aplicável para a perseguição dos efeitos financeiros decorrentes da invalidade do contrato.

2. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, quando não estiver sendo negado o próprio fundo de direito, pode o contratante, durante a vigência do contrato, a qualquer tempo, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa. Porém, sua pretensão condenatória de repetição do indébito terá que se sujeitar à prescrição das parcelas vencidas no período anterior à data da propositura da ação, conforme o prazo prescricional aplicável.

3. *Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.*

4. É da invalidade, no todo ou em parte, do negócio jurídico, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a maior, porquanto o reconhecimento do caráter ilegal ou abusivo do contrato tem como consequência lógica a perda da causa que legitimava o pagamento efetuado. A partir daí fica caracterizado o enriquecimento sem causa, derivado de pagamento indevido a gerar o direito à repetição do indébito (arts. 182, 876 e 884 do Código Civil de 2002).

5. A doutrina moderna aponta pelo menos três teorias para explicar o enriquecimento sem causa: a) a teoria unitária da deslocação patrimonial; b) a teoria da ilicitude; e c) a teoria da divisão do instituto. Nesta última, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, abarcando o termo causa de forma ampla, subdividido, porém, em categorias mais comuns (não exaustivas), a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer, tais como o enriquecimento por prestação, por intervenção, resultante de despesas efetuadas por outrem, por desconsideração de patrimônio ou por outras causas.

6. No Brasil, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, em que há expressa previsão do instituto (arts. 884 a 886), doutrina e jurisprudência já admitiam o enriquecimento sem causa como fonte de obrigação, diante da vedação do locupletamento ilícito.

7. O art. 884 do Código Civil de 2002 adota a doutrina da divisão do instituto, admitindo, com isso, interpretação mais ampla a albergar o termo causa tanto no sentido de atribuição patrimonial (simples deslocamento patrimonial), como no sentido negocial (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de enriquecimento por prestação, demandaria um exame subjetivo, a partir da não obtenção da finalidade almejada com a prestação, hipótese que mais se adequa à prestação decorrente de cláusula indigitada nula (ausência de causa jurídica lícita).

8. *Tanto os atos unilaterais de vontade (promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) como os negociais, conforme o caso, comportam o ajuizamento de ação fundada no enriquecimento sem causa, cuja pretensão está abarcada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.*

9. A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, *caput* e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015).

10. Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

11. Caso concreto: Recurso especial interposto por Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. a que se nega provimento.

(REsp n. 1.360.969/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/8/2016, DJe 19/9/2016 - grifou-se).

Embargos de divergência em recurso especial. Plano de saúde. Faixa etária. Mudança. Reajuste. Caráter abusivo da cláusula. Pretensão de restituição dos valores pagos indevidamente. Efeito financeiro do provimento judicial. Enriquecimento sem causa. Provimento jurisdicional. Natureza condenatória. Prazo. Prescrição trienal. Art. 206, § 3º, IV, do CC/2002. Acórdão embargado que converge com a jurisprudência firmada pela Segunda Seção no julgamento de recursos especiais repetitivos. Incidência da Súmula 168/STJ. Embargos de divergência não providos.

1. A Segunda Seção desta Corte, na sessão de 10 de agosto de 2016, concluindo o julgamento de recursos especiais repetitivos (REsps 1.361.182/RS e 1.360.969/RS), firmou a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

2. *Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.*

3. A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, *caput* e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015).

4. No caso dos autos, o acórdão embargado decidiu a controvérsia em conformidade com a orientação firmada nesta Segunda Seção no julgamento dos referidos recursos especiais repetitivos, entendendo aplicável o prazo prescricional trienal previsto no aludido art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002, para a pretensão de restituição dos valores pagos indevidamente em decorrência de alegada cláusula abusiva constante de contrato de plano de saúde que determina reajuste das mensalidades de acordo com a mudança de faixa etária.

5. Incide, na espécie, o enunciado 168 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.”

6. Embargos de divergência a que se nega provimento.

(REsp n. 1.351.420/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 24/8/2016, DJe de 2/9/2016 - grifou-se).

No tocante à segunda questão controvertida, o primeiro embargante destaca que a Quarta Turma concluiu que, na hipótese vertente, o prazo prescricional, quando da propositura da ação que deu origem física aos autos, nem sequer teria se iniciado, haja vista a incidência do art. 200 do Código Civil de 2002, por estar em curso ação penal promovida para apurar se os atos de seus prepostos, ensejadores da ação civil em tela, seriam merecedores de sanção na esfera criminal.

Sustenta que o acórdão embargado “adotou a tese de que a prescrição não corre quando a causa de pedir da pretensão indenizatória coincidir com os termos de denúncia penal, o que se estenderia ao empregador, responsável pelos atos dos seus prepostos” (e-STJ fl. 4.904), e que tal orientação discreparia daquela que teria prevalecido no julgamento, pela Terceira Turma, do AgRg no REsp n. 1.320.528/SP, do REsp n. 268.018/SP e do REsp n. 1.131.125/RJ, no sentido de que a mera existência de uma ação penal não seria suficiente para suspender o curso do prazo prescricional da ação civil conexa, sendo imprescindível para tanto a existência de uma relação de subordinação necessária entre o fato a ser provado na ação penal e o desenvolvimento regular da ação cível.

Os julgados suprarreferidos, que são apontados pelo embargante como paradigmas, receberam as seguintes ementas:

Direito Civil e Processual Civil. Prescrição. Causas interruptivas e suspensivas. Ação penal conexa.

1.- De acordo com o artigo 200 do Código Civil, a mera existência de uma ação penal não é suficiente para suspender o curso do prazo prescricional da ação civil conexa.

2.- Determina o dispositivo legal que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”. Como se vê, há de haver uma relação de subordinação necessária entre o fato a ser provado na ação penal e o desenvolvimento regular da ação cível.

3.- Como se sabe, não se exige, de ordinário, para a propositura de uma ação civil de indenização por danos decorrentes de atropelamento a prévia propositura de uma ação penal contra o causador do dano até porque as responsabilidades civil e penal são, em princípio independentes. Não há, em princípio, portanto, nenhum fato que deva ser provado exclusivamente na ação penal, condicionado a propositura ou o prosseguimento da ação civil capaz de lhe obstar o fluxo do prazo prescricional.

4.- Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.320.528/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/8/2012, DJe de 4/9/2012).

Civil. Sentença. Coisa julgada. A sentença só faz coisa julgada em relação às partes entre as quais é proferida, de modo que a sentença penal condenatória do preposto não pode, no âmbito cível, ser oposta ao preponente. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 268.018/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 7/4/2003, DJ de 23/6/2003).

Recurso especial. Responsabilidade civil. Atropelamento com morte. Reparação de danos. Prescrição trienal. Incidência do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Regra de transição do art. 2.028 do Código Civil. Aplicação. Artigo 200 do Código Civil. Inaplicabilidade. Questão prejudicial. Inexistência. Prévia discussão no juízo civil da questão subjacente. Divergência jurisprudencial. Ausência de fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. Recurso especial improvido.

I - É de se aplicar a prescrição trienal prevista no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, isso porque, conforme assentou a jurisprudência desta Corte Superior, se não houver o transcurso de mais de metade do prazo prescricional da lei anterior, impõe-se a incidência das disposições do Novo Código Civil. Ocorrência, na espécie.

II - O falecimento do irmão do ora recorrente ocorreu em 16 de junho de 2000 e a presente ação foi distribuída em junho de 2007. Assim, o início da contagem do prazo trienal ocorreu a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002,

vale dizer, 11 de janeiro de 2003 e a prescrição da presente ação operou-se em 11/01/2006.

III - A eventual apuração no âmbito criminal do fato que ensejou o falecimento do irmão do ora recorrente, no caso um atropelamento em via pública, não era questão prejudicial ao ingresso de pedido reparatório na esfera civil. Ademais, uma vez afastada a discussão acerca da culpabilidade pelo fato ou, pelo contrário, no caso de sua admissão, tal circunstância não retira o fundamento da reparação civil. Dessa forma, há, na espécie, evidente independência entre as Instâncias civil e criminal, afastando-se, por conseguinte, a possibilidade da existência de decisões conflitantes, bem como a incidência do art. 200 do Código Civil.

IV - A ausência de qualquer fundamentação relativa ao alegado dissenso jurisprudencial impõe, para a hipótese, a incidência da Súmula 284/STF.

V - Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.131.125/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 3/5/2011, DJe de 18/5/2011 - grifou-se)

Ao final, o primeiro embargante pugna pelo conhecimento e provimento de seus embargos de divergência para que, desconstituindo o acórdão embargado, a Segunda Seção proclame que:

(a) a reparação civil decorrente de responsabilidade contratual ou extracontratual se sujeita à prescrição trienal, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC, julgando-se prescrita a pretensão contida no item 46.a da inicial;

(b) a coincidência da causa de pedir de pretensão indenizatória fundada em inadimplemento contratual com os termos de uma denúncia penal é insuficiente para obstar o curso do prazo prescricional trienal (CC, art. 206, § 3º, V), sendo indispensável, para a incidência do art. 200 do CC, seja a solução criminal determinante para o resultado do processo civil, julgando-se, assim, prescrita a pretensão contida no item 46.b da inicial; e

(c) a condenação criminal do empregado não acarreta a automática responsabilização do empregador. Assim, quando a reparação civil não configurar ação civil *ex delicto*, inviável cogitar-se da suspensão do prazo prescricional contra terceiro que não foi parte no processo penal, julgando-se, também por esse motivo, prescrita a pretensão contida no item 46.b da inicial (e-STJ fl. 4.920).

O segundo embargante - *Francisco Valadares Póvoa* -, por seu turno, aponta a existência de dissídio jurisprudencial apenas no tocante ao prazo prescricional da pretensão deduzida na hipótese vertente, tecendo, nesse particular, considerações que vão ao encontro daquelas externadas no recurso do primeiro embargante, ou seja, com o propósito de ver prevalecer a orientação de que,

com o advento do Código Civil de 2002, o prazo prescricional das pretensões indenizatórias teria sido unificado (em três anos) por seu art. 206, § 3º, V, sendo irrelevante para tanto o fato de estar fundada tal pretensão na responsabilidade contratual ou extracontratual da parte demandada.

Em suas razões (e-STJ fls. 4.866/4.919), tal e qual fez o primeiro embargante, indica os acórdãos resultantes dos julgamentos dos REsp's n. 1.281.594/SP e 1.577.229/MG como paradigmas para fins de comprovação da divergência jurisprudencial que alega existir, pugnando, por fim, pela prevalência da orientação de que “a reparação civil decorrente da responsabilidade contratual ou extracontratual se sujeita à prescrição trienal” (e-STJ fl. 4.918).

Após a apresentação de impugnação pelo embargada - *Associação dos Aposentados, Pensionistas, Empregados Ativos e Ex-Empregados da Companhia Vale do Rio Doce, Suas Empreiteiras e Controladas e Coligadas (Apevale)* -, a relatora do feito, Ministra Nancy Andrighi, proferiu decisão monocrática admitindo ambos os recursos (e-STJ fls. 5.328/5.326).

O Ministério Público Federal emitiu parecer opinando pelo conhecimento e não provimento dos embargos (e-STJ fls. 5.332/5.341).

Levado o feito a julgamento pela egrégia Segunda Seção, em 9/5/2018, após a prolação do voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi, conhecendo em parte e negando provimento aos embargos de divergência, pedi vista dos autos antecipadamente e agora apresento meu voto.

É o relatório.

No voto que apresentou a esta Seção, a relatora do feito concluiu que o recurso apresentado pelo primeiro embargante não se faz merecedor de conhecimento no tocante à alegação de dissonância entre o aresto recorrido e os acórdãos paradigmas da Terceira Turma a respeito da interpretação do art. 200 do Código Civil.

Nesse particular, tenho por irrepreensível a conclusão de Sua Excelência.

Com efeito, os paradigmas apontados pelo *Clube de Investimento dos Empregados da Vale (Investvale)* na tentativa de demonstrar a existência de divergência jurisprudencial entre as Turmas integrantes da Segunda Seção quanto à aplicabilidade ou não da regra inserta no art. 200 do Código Civil resultaram do julgamento de demandas que não apresentam similitude fática com o aresto ora hostilizado.

Além disso, como bem consignado pela ilustre relatora, o acórdão embargado esposou orientação que se encontra em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior a respeito do tema em debate, como se pode facilmente extrair dos seguintes precedentes, que revelam ser inafastável, pelo menos nesse ponto específico, a incidência da Súmula n. 168/STJ no caso em apreço:

Civil e Processo Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Injúria religiosa e racial. Ação penal. Causa impeditiva da prescrição. Art. 200 do CC/2002. Ocorrência.

1. Ação ajuizada em 29/05/2013. Recurso Especial interposto em 20/05/2015 e atribuído a este Gabinete em 25/08/2016.

2. O propósito recursal consiste em determinar a legalidade na decretação da prescrição da pretensão de reparação dos danos morais suportados pelas recorrentes, considerando que o mesmo evento danoso pode ser compreendido como um fato típico e, portanto, crime, o que interromperia o prazo prescricional, nos termos do disposto no art. 200 do CC/2002.

3. *O comando do art. 200 do CC/02 incide quando houver relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal, isto é, quando a conduta originar-se de fato também a ser apurado no juízo criminal, sendo fundamental a existência de ação penal em curso ou ao menos inquérito policial em trâmite.*

4. *Não é possível afastar a aplicação do art. 200 do CC/2002 em hipóteses que envolvam, além do pedido de indenização, discussões relacionadas à existência de responsabilidade solidária entre o autor da ofensa e aquele que consta no polo passivo da controvérsia, em razão da relação de preposto.*

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.704.525/AP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe de 18/12/2017 - grifou-se).

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Acidente automobilístico. Prescrição. Não ocorrência. Instauração de inquérito penal. Art. 200 do CC/2002. Incidência. Prazos prescricionais do CC/2002. Art. 2.028 do CC/2002. Violação do princípio *tempus regit actum*. Inexistência. Divergência jurisprudencial. Não configuração. Ausência de similitude fática.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o art. 200 do CC/2002 somente é afastado quando, nas instâncias ordinárias, ficou consignada a inexistência de relação de prejudicialidade entre as searas cível e criminal ou quando não houve a instauração de inquérito policial ou de ação penal.

2. Em se tratando de responsabilidade civil *ex delicto*, o exercício do direito subjetivo da vítima à reparação dos danos sofridos somente se torna plenamente

viável quando não pairam dúvidas acerca do contexto em que foi praticado o ato ilícito, sobretudo no que diz respeito à definição cabal da autoria, que é objeto de apuração concomitante no âmbito criminal.

3. Desde que haja a efetiva instauração do inquérito penal ou da ação penal, o lesado pode optar por ajuizar a ação reparatória cível antecipadamente, ante o princípio da independência das instâncias (art. 935 do CC/2002), ou por aguardar a resolução da questão no âmbito criminal, hipótese em que o início do prazo prescricional é postergado, nos termos do art. 200 do CC/2002.

4. *A incidência do prazo prescricional previsto no CC/2002, por força da interpretação sistemática do seu art. 2.028, significa a aplicação do regime do diploma corrente, o que inclui a quantificação numérica do lapso prescricional em dias, meses ou anos, bem como sua forma de contagem, seu termo inicial ou suas causas suspensivas e interruptivas.*

5. *Inexiste violação de ato jurídico perfeito ou do princípio “tempus regit actum” em decorrência da aplicação da lei nova, haja vista que a incidência do art. 200 do CC/2002 posterga o próprio início do prazo prescricional e, antes que este tenha decorrido por inteiro, o prescribente possui mera expectativa de direito à prescrição, não direito adquirido.*

6. A divergência jurisprudencial com fundamento na alínea “c” do permissivo constitucional, nos termos do Código de Processo Civil de 1973 e do Regimento Interno desta Corte, exige comprovação e demonstração da similitude fática entre os casos apontados, o que não ocorreu na hipótese.

7. Rever as conclusões do acórdão recorrido acerca da existência de relação de prejudicialidade concreta entre o inquérito penal arquivado na origem e o exercício da pretensão reparatória do autor demandaria o exame de matéria fático-probatória que sequer consta dos autos, o que é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1.631.870/SE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 24/10/2017 - grifou-se)

Peço vênias à relatora, porém, para divergir da conclusão de que seriam merecedores conhecimento os embargos de divergência no tocante à outra questão suscitada, ou seja, àquela relativa à determinação do *prazo prescricional* da pretensão que deu origem aos presentes autos.

Isso porque, pelo que se pode extrair da leitura dos acórdãos apontados pelos embargantes como paradigmas (REsps n. 1.281.594/SP, 1.360.969/RS e 1.577.229/MG e EREsp n. 1.351.420/RS), *nenhum deles apresenta circunstâncias fáticas capazes de identificá-los ou, ao menos, de assemelhá-los com o caso contrastado,*

o que por si só inviabiliza, consoante entendimento sedimentado desta Corte Superior, a interposição dos presentes embargos.

Nessa esteira:

Agravo interno. Embargos de divergência em agravo em recurso especial. Ausência de similitude. Acórdão embargado em que não se discute o mérito do recurso especial.

1. *Para o cabimento dos embargos de divergência, é necessária a demonstração da similitude fática dos casos comparados* (CPC/1973, art. 546, inc. I, reproduzido no CPC/2015, art. 1.043, I e Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, art. 266, *caput*).

2. Não cabem embargos de divergência em agravo quando não discutido o mérito do recurso especial.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EAREsp 726.029/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 14/3/2018, DJe de 20/3/2018 - grifou-se).

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência. Cotejo analítico entre acórdãos paradigma e embargado. Ausência. Similitude fática. Não demonstrada. Harmonia entre o acórdão embargado e a jurisprudência do STJ. Súmula 168/STJ. Não cabimento.

1. *Os embargos não podem ser conhecidos pela divergência se o embargante não providencia o devido cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas*, nos termos do disposto no artigo 266, § 4º, do RISTJ.

2. Não cabem embargos de divergência quando o acórdão embargado encontra-se no mesmo sentido da jurisprudência deste Tribunal. Súmula 168/STJ.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EAREsp n. 709.091/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Segunda Seção, julgado em 14/3/2018, DJe de 19/3/2018 - grifou-se).

Impõe-se destacar, nesse particular, que na ação ora em apreço, que foi ajuizada pela *Apevale*, ora primeira embargada, contra os dois embargantes (o Clube de Investimentos *Investvale* e Francisco Valadares Póvoa, Presidente do Conselho de Administração do primeiro embargante à época dos fatos), postulou-se por espécie de compensação material de seus associados, cotistas da *Apevale*, por suposta prática fraudulenta e por ato omissivo que teriam sido praticados por seu preposto.

Na inicial, a autora da demanda, na qualidade de representante processual de seus associados, esclareceu que o *Investvale* foi constituído ao final do ano 1994 com o propósito de assegurar a efetiva participação de empregados e ex-empregados aposentados na administração da Companhia Vale do Rio Doce - CVRD após seu processo de privatização. Anotou que para a subscrição e integralização das cotas do *Investvale* somaram-se contribuições pessoais dos empregados e aposentados (no valor simbólico de R\$ 1,00 - um real) e um empréstimo do BNDES (de quase 180 milhões de reais), em garantia do qual permaneceriam caucionadas as ações da Companhia CVRD, correspondentes a tal soma, e bloqueadas as respectivas cotas do clube de investimentos.

Afirmou, ainda, que, em razão de sucessivas permutas de ações com o BNDES, o *Investvale* veio a adquirir, em dois lotes (julho de 1997 e junho de 2002), mais de 12 milhões de ações da Valepar S.A., *holding* controladora da CVRD, que passaram a constituir o principal patrimônio do Clube, e mais, que em dezembro de 2002, o *Investvale* firmou contrato de opção de compra e venda com a sociedade de participações Bradespar S.A. visando à futura venda das ações da Valepar S.A., que acabou sendo efetivada à BNDESPar, em novembro de 2003, *tendo o valor da transação suplantado, de longe, o saldo devedor do clube com o banco público, importando no desbloqueio antecipado de suas cotas, antes previsto apenas para 2009, e implicando tal fato sua grande e imediata valorização.*

A causa de pedir da ação em tela está relacionada com supostas práticas fraudulentas que teriam sido adotadas pelos requeridos em momento anterior a esse desbloqueio antecipado das cotas e sua conseqüente valorização e que, na visão da autora, teriam trazido significativos prejuízos a seus associados.

Isso porque, no dizer da autora, o *Investvale* teria passado a incentivar e mediar, desde 1997, a transferência de cotas entre cotistas e o próprio resgate das cotas do clube de investimentos, oferecendo-se para pagar aos cotistas valores consideravelmente menores do que valor real de cada cota, fixando arbitrariamente preços para transferência e resgate (o que estaria em desacordo com norma estatutária) e mantendo o valor patrimonial oficial das cotas em patamar artificial, pois deixava de levar em consideração o valor de mercado do principal ativo do clube de investimentos (as ações da Valepar S.A.), consignando apenas o seu custo de aquisição.

Além disso, acrescentou a autora, o maior dano ainda foi provocado aos seus associados pela ocultação por parte dos requeridos das negociações que se travavam para venda dessas ações, visto que se tivessem sido anteriormente

reveladas, dariam a todos a plena ciência de que a quitação do empréstimo com o BNDES, e o consequente desbloqueio das cotas do clube de investimentos, eram iminentes, desestimulando assim que a transferência e o resgate de cotas estranhamente incentivados pelo *Investvale* se dessem com tamanho deságio.

Resumidamente, *a pretensão compensatória articulada na petição inicial está fundada na alegação de que as práticas narradas consubstanciaram manobra ardilosa da diretoria do Investvale, pois seus diretores, enquanto omitiam a valorização do principal ativo do clube de investimentos e incentivavam os cotistas a transferirem, venderem e resgatarem suas cotas a preços artificialmente baixos, adquiriam eles próprios quantidades consideráveis de cotas, com vistas à valorização futura.*

Essa narrativa é suficiente para demonstrar que as bases fáticas da ação ora em exame se revelam completamente distintas daquelas que deram ensejo aos julgados ora apontados pelos embargantes como paradigmas, motivo pelo qual não é possível afirmar que, ao concluir pela aplicação do prazo prescricional decenal na hipótese vertente, diante da nítida complexidade da pretensão deduzida na inicial, teria a Quarta Turma adotado entendimento discrepante do que prevaleceu na Terceira Turma e na Segunda Seção quando do julgamento de demandas completamente distintas e nas quais era nítido o caráter de reparação de danos de cada uma das respectivas pretensões ali articuladas.

A propósito, cumpre anotar que, no tocante ao primeiro aresto paradigma, resultante do julgamento do *REsp n. 1.281.594/SP*, a Terceira Turma estava diante de típica ação indenizatória promovida por concessionária/distribuidora em desfavor de fabricante de veículos automotores de via terrestre, com amparo em disposições da Lei Ferrari (Lei n. 6.729/1979), por suposto inadimplemento de obrigações contratuais.

No caso do *REsp n. 1.577.229/MG*, do qual extraído o segundo aresto indicado pelos embargantes, cuidava-se de ação ordinária de ressarcimento, em que a parte autora pretendia ser compensada com valores que entendia lhe serem devidos em virtude da evicção de bem imóvel adquirido da parte demandada.

E, por fim, tanto o acórdão proferido no julgamento do *REsp n. 1.360.969/RS* quanto o prolatado no julgamento do *EREsp n. 1.351.420/RS* foram extraídos de ações promovidas por particulares, em desfavor de empresas administradoras de planos privados de saúde, com o propósito de serem reconhecida, com base nas disposições do Estatuto do Idoso, a nulidade de cláusulas contratuais de reajustamento de preços em virtude alteração de faixa etária do segurado, bem como determinada a restituição de valores pagos a tal título.

Nesses dois últimos casos, impõe-se ainda destacar, não foi nem sequer travada discussão a respeito da interpretação do inciso V do § 3º do art. 206 do Código Civil de 2002 (que é o objeto central dos presentes embargos de divergência), visto que a Segunda Seção entendeu que os casos ali retratados diziam respeito à pretensão de coibir enriquecimento sem causa das partes demandadas, o que implicou a incidência do prazo prescricional trienal por força de diferente inciso do mencionado dispositivo legal (art. 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil de 2002).

Desse modo, a despeito de reconhecer a importância da uniformização da jurisprudência da Corte a respeito do prazo prescricional da pretensão de reparação de danos advindos do inadimplemento de obrigação ou da prática de ilícito contratual, tenho que os recursos ora em exame não se revelam apropriados para tanto, pois não preenchem os requisitos mínimos de admissibilidade recursal.

Ante o exposto, divergindo parcialmente da relatora, não conheço dos embargos de divergência do *Clube de Investimento dos Empregados da Vale - Investvale* (e-STJ fls. 4.866/5.262) e de *Francisco Valadares Póvoa* (e-STJ fls. 4.866/4.919)

É o voto.

VOTO-VISTA VENCIDO (MÉRITO)

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Reconhecida, pela maioria dos votos, a admissibilidade dos embargos de divergência no que diz respeito ao prazo prescricional da pretensão de reparação de danos advindos da prática de ilícito de natureza contratual, impõe-se o exame da questão, com vistas a uniformizar a orientação das Turmas julgadoras integrantes da Segunda Seção sobre o tema.

Cinge-se a controvérsia a definir se, tal e qual o sustentado pelos ora embargantes, o prazo prescricional para pretensões de cunho indenizatório fundadas em responsabilidade contratual é o trienal (por força do que expressamente dispõe o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002) ou, se ao revés, essas pretensões prescrevem em 10 (dez) anos, conforme decidido pela Quarta Turma no aresto ora hostilizado (com amparo no art. 205 desse mesmo diploma legal).

A questão posta, como consabido, é objeto de dissenso tanto em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, o que restou muito bem delineado no laborioso voto apresentado pela relatora do feito, Ministra Nancy Andrichi, que ali também expôs, de modo claro, os motivos que a levaram a perfilhar a orientação pela não incidência, no caso em apreço, da norma inserta no art. 206, § 3º, inciso V, do CC/2002, reconhecendo, assim, o acerto do acórdão embargado ao concluir que “o prazo da prescrição de pretensão fundada em ilícito contratual, não havendo regra especial para o contrato em causa, é o previsto no art. 205 do Código Civil” (e-STJ fl. 4.707).

Renovo o pedido de vênia à relatora para dela, quanto ao mérito propriamente dito do recurso, mais uma vez dissentir.

Isso porque, sendo incontroverso que a pretensão articulada pela associação ora embargada tem natureza *indenizatória*, o prazo prescricional aplicável à hipótese vertente, que, sob a égide do Código Civil de 1916 era vintenário, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, passou a ser de *três anos*, por força do que expressamente estabelece seu art. 206, § 3º, inciso V:

Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3º Em três anos:

(...)

V - a pretensão de reparação civil.

Pelo que se extrai da literalidade da norma, o legislador pátrio unificou o prazo prescricional da pretensão de *reparação civil*, de modo que hoje *é completamente desinfluyente distinguir se a ação reparatória está fundada em responsabilidade contratual ou extracontratual*, mesmo porque não se revela razoável admitir interpretação restritiva de norma que, por sua própria redação, evidencia o propósito de ser abrangente.

Além disso, a disposição inserta no art. 205 do Código Civil de que “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”, deixa evidente que esse prazo decenário é residual, aplicando-se de forma excepcional, apenas quando verificada a inexistência de previsão legal específica.

Abandonou, portanto, o legislador, a antiga opção de estabelecer prazos gerais de prescrição determináveis em virtude de versarem as demandas a respeito de direitos de natureza real ou pessoal.

A respeito da correta interpretação das disposições insertas nos arts. 205 e 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, oportuna é a lição de Youssef Said Cahali:

A regra do art. 206, § 3º, V, não encontra correspondência no Código Civil anterior, porque a matéria estava sujeita à prescrição vintenária das ações pessoais (art. 177). O dispositivo tem em vista as ações pessoais para as quais, no antigo Código Civil, a prescrição era vintenária. Ou também a ação de indenização por danos materiais, consequente de acidente de trânsito, quando se entendia que “a ofensa ao direito de propriedade, nos termos do art. 178. § 10, IX, prescreve em cinco anos, contados da data em que se deu a ofensa ou dano, quer se trate de lesão oriunda de delito ou de ofensa à propriedade material. Não se cuida aqui de reparação de dano pessoal, mas sim material, contra a coisa”.

*O Código não faz qualquer distinção quanto à origem ou natureza da pretensão reparatória, **compreendendo, portanto, qualquer dano a ser indenizado, por ofensa à pessoa ou aos seus bens.** Não se reproduziu o an. 178, § 10, IX, do Código revogado, que discriminava a prescrição quinquenal para a ação por ofensa ou dano causado ao direito de propriedade, quando já então se ressaltava que a citada prescrição especial “não abrangia a generalidade dos casos de responsabilidade civil”.*

O triênio aqui previsto não prevalece se houver estipulação diversa em lei especial: ‘A norma do art. 206, § 3º, V, do CC, que fixa em três anos o prazo de prescrição para o exercício da pretensão de reparação civil, é geral e, destarte, subsidiária, não podendo ser aplicada quando há regra especial definindo outro lapso para que se opere o fenômeno extintivo. Nesse passo, versando a lide relação de consumo, o prazo de prescrição para o ajuizamento da pretensão reparatória é de cinco anos, a que se refere o art. 27 da lei especial (Código do Consumidor), que prevalece sobre a geral (Prescrição e decadência, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, págs. 172/173 - grifou-se).

A intenção de unificar o prazo prescricional das pretensões de cunho reparatório revela-se ainda mais nítida pelo fato de também se ter estabelecido, no inciso IV do próprio § 3º do art. 206 do Código Civil vigente, ser trienal o prazo prescricional da pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

Afinal, é bastante usual a propositura de demandas de caráter indenizatório em que não se pode definir, com exatidão, se a pretensão ali articulada deve ser tida como de reparação civil por dano (ou risco de dano) efetivamente suportado pelo autor ou de ressarcimento deste por enriquecimento ilícito da parte adversa. Situação esta que criaria a esdrúxula possibilidade, caso fossem distintos os prazos previstos para que fossem deduzidas cada uma dessas

pretensões, de que o lapso prescricional aplicável fosse determinado a partir da nomenclatura emprestada pelo autor ao seu pedido inicial.

Merecem destaque, nessa esteira, as elucidativas considerações externadas pelo Ministro Marco Aurélio Bellize em artigo jurídico a respeito do tema:

(...) Como se verifica, o Código Civil atual, além de preceituar novas pretensões com prazo de exercício específico (anteriormente não contempladas), não mais adota a distinção entre ações pessoais e reais, para a fixação do prazo residual, agora de dez anos.

Não obstante, para situações já reguladas pelo Código Civil de 2002, é possível identificar, na jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, a adoção de tal critério previsto na legislação anterior, como visto, in totum superado, para regular as pretensões advindas de uma relação contratual. Na verdade, o único fundamento utilizado em tais decisões, a fim de justificar a aplicação do prazo residual decenal, previsto no art. 205, para pretensões oriundas de relações contratuais, é o fato de a correlata ação versar sobre um direito pessoal.

Não há, todavia, mais suporte legal a autorizar a aplicação do prazo geral, tal como se verificava no sistema anterior, simplesmente porque a demanda versa sobre direito pessoal. Afinal, as ações (condenatórias) sujeitas à prescrição referem-se à pretensão de obter uma prestação, decorrente da violação do direito do autor, no que se inserem, indistintamente, todos os direitos pessoais e reais. No atual sistema, há que analisar, inicialmente, se a pretensão está especificada no rol do art. 206 ou, ainda, nas demais leis especiais, para, apenas subsidiariamente, ter incidência o prazo decenário, constante do art. 205.

Pode-se, nessas linhas gerais, assentar que, tratando-se de ação de reparação civil, seja ela por responsabilidade contratual (inadimplemento) ou extracontratual (risco ou dano), a correlata pretensão deve ficar adstrita ao marco prescricional trienal disposto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, tema que será pontualmente retomado.

Ainda vinculado às premissas superadas pela legislação civil anterior, verifica-se, também, uma verdadeira dispersão de conclusões quanto ao prazo prescricional a ser aplicado, a depender simplesmente da nomenclatura atribuída à ação no momento de seu ajuizamento, de todo irrelevante para o fim em comento.

A evidenciar o despropósito de tal parâmetro, o prazo prescricional das pretensões deduzidas em juízo estaria sujeito a variações de um a dez anos simplesmente pelo fato de o autor denominar a ação ora de enriquecimento sem causa (ou locupletamento ilícito), ora de responsabilidade ou reparação civil, ora de repetição de indébito (ou devolução de valores cobrados indevidamente, ou ressarcimento por cobrança indevida), ora revisional de contrato, ora de cobrança

(Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência; Coord. Luis Felipe Salomão, Flávio Tartuce, São Paulo, Ed. Atlas, págs. 126/127 - grifou-se).

Não há falar também em incongruência resultante do fato de serem distintos os prazos prescricionais da pretensão de adimplemento (art. 206, § 5º, inciso I, do CC/2002 - de cinco anos) e de reparação civil decorrente do inadimplemento da obrigação contratual (art. 206, § 3º, inciso I, do CC/2002 - de três anos).

Tal distinção se justifica em virtude da própria complexidade negocial que tratativas com vistas ao adimplemento tardio costuma apresentar e que não se apresentam quando o credor opta por demandar em juízo, de imediato, a própria reparação dos prejuízos que eventualmente tenha suportado em virtude do inadimplemento contratual.

Nesse aspecto, oportuna é a lição de Gustavo Tepedino, materializada em parecer do nobre professor a respeito do tema objeto dos embargos de divergência ora em apreço (prazo prescricional aplicável à reparação civil por inadimplemento contratual), mas que foi emitido resposta à consulta que versava especificamente sobre a pretensão de usuários do serviço de telefonia à complementação de ações que lhes teriam sido subscritas com valor patrimonial apurado indevidamente. Ao se referir especificamente ao art. 206, § 3º, inciso V, do CC/2002, o mencionado parecerista afirma:

(...) Conforme observado em outra sede, o dispositivo tem incidência tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito.

(...).

Com efeito, não há qualquer razão para que a vítima de ilícito contratual, decorrente da violação a dever assumido negocialmente pela contraparte, venha a receber, no que tange ao prazo prescricional, tratamento diferenciado daquele que se reserva a quem sofre danos decorrentes de ato ilícito de natureza extracontratual.

Na presente hipótese, tendo os usuários alegadamente deixado de receber o número de ações que a sociedade de telefonia se obrigara a lhes entregar, não há dúvida que o prazo prescricional incidente sobre a sua pretensão reparatória é aquele de três anos, estabelecido no art. 206, § 3º, V, do CC/2002. Aliás, o STJ ao apreciar hipótese semelhante, em que desconsiderou a qualidade de acionista do litigante em face da companhia, já entendeu aplicável o prazo do art. 206, § 3º, V, do CC/2002:

“Aqui, o autor não litiga como acionista. Litiga como contratante, em busca de reparação de ato ilícito (suposto descumprimento do contrato). O fato de o autor ser acionista da companhia ré não o diferencia de qualquer outro que, tendo firmado com ela um contrato qualquer, não seja acionista. Ser acionistas não é, no caso, condição determinante para a persecução do direito reclamado. A pretensão do autor - relembre-se - é de reparação de dano, causado por suposto inadimplemento contratual imputado à ré. A prescrição era, portanto, vintenária (Art. 177 do Código Bevilácqua), até a entrada em vigor do novo Código Civil (em 11.01.2003). A partir de então, passou a ser trienal (Art. 206, § 3º, V, do Código Civil/2002)” (STJ, REsp 822.914 (JRP\2006\1612), 3ª T., j. 01.06.2006, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 19.06.2006).

3. Inaplicabilidade do prazo previsto para o adimplemento da prestação quando caracterizado o inadimplemento

Mostra-se inaplicável à espécie o prazo geral de dez anos, estatuído no art. 205 do CC/2002. Isto porque tal prazo não corresponde, na codificação atual, a um prazo genérico para ações pessoais, como ocorria com o prazo vintenário do art. 177 do CC/1916, ao qual se tem associado algumas vezes, por equívoco, o art. 205 do CC/2002. Trata-se, ao revés de prazo residual, cuja incidência meramente subsidiária foi expressamente registrada no próprio dispositivo:

“Art. 205. A prescrição corre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

No sistema atual, cuidando-se de obrigações contratuais o codificador estipula dois prazos prescricionais distintos. Para a pretensão relativa ao adimplemento das obrigações contratualmente assumidas prevalece o prazo de cinco anos fixados pelo art. 206, § 5º, I, do CC/2002 (...).

Na hipótese de inadimplemento, como visto no item anterior, aplica-se o prazo prescricional trienal de que trata o art. 206, § 3º, V, do CC/2002.

(...).

Nos termos do art. 313 do CC/2002, o credor pode enjeitar o recebimento do objeto da prestação, se o considera inadequado ou diverso do pactuado, ainda que o devedor pretenda lhe entregar objeto mais valioso:

“Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.

No momento da entrega do objeto da prestação, portanto, tratando-se de obrigação de dar, tem-se por caracterizado o adimplemento ou, na hipótese de a prestação ser considerada inadequada, o inadimplemento. Se o devedor não entrega a prestação, ou se propõe a adequá-la à quantidade ou qualidade exigida pelo credor, mantém-se vivo o interesse útil do crédito, preservando-se a fase do

adimplemento. Quando, ao revés, dá-se a entrega (e o recebimento) da prestação, esgota-se, aí, a prestação atribuída ao devedor e, portanto, de duas uma: ou bem a prestação foi efetuada nos termos do contrato, ou houve inadimplemento *tout court*.

Diante do sistema assim delineado, o legislador oferece prazo prescricional diferenciado para a pretensão de adimplemento (5 anos, e não 10 ex vi do mencionado art. 206, § 5º, I, do CC/2002) e para a pretensão decorrente do inadimplemento (3 anos, consoante o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002), justamente em razão da diversidade das circunstâncias de ambos os cenários. No caso do adimplemento, a existência de relação contratual em curso poderá tornar mais complexa ou trabalhosa a cobrança. A pretensão do credor associa-se à forma como o devedor, interpretando o contrato, pretende cumprir a prestação, o que muitas vezes é postergado pela dinâmica das negociações com vistas ao adimplemento.

Na hipótese de inadimplemento, ao reverso, o prazo prescricional é deliberadamente reduzido porque o credor pode avaliar, desde o recebimento da prestação, se considera ou não adequadamente satisfeito seu crédito. Recebeu o objeto da prestação quando poderia enjeitá-lo. Nada impede que vá ao Judiciário imediatamente requerer perdas e danos, sendo certo que, segundo a dicção do art. 389 do CC/2002, o inadimplemento se torna imediatamente caracterizado com o não cumprimento da prestação pelo devedor nos termos avençados (Soluções Práticas de Direito, vol. 1, págs. 565/572, Nov/2011, DTR\2012\421 - grifou-se).

No mesmo sentido das considerações até aqui externadas, são valiosas as conclusões lançadas por Paula Greco Bandeira em artigo que praticamente exauriu a matéria em debate e que a articulista intitulou de “*A prescrição na Responsabilidade Civil Contratual em Debate*”:

(...) O Código Civil de 2002 reduziu drasticamente os prazos prescricionais, incluindo-se aí o prazo prescricional para a reparação civil. Antes compreendida como pretensão de natureza pessoal, atraindo a incidência do prazo prescricional geral de 20 anos, a pretensão de responsabilização civil ganhou previsão específica no atual diploma, dispondo o legislador, no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, que se aplica o prazo prescricional de três anos para a “pretensão de reparação civil”.

A linguagem abrangente do dispositivo vem suscitando controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca de sua aplicação, entendendo grande parte da doutrina e da jurisprudência que o prazo prescricional aplicável à reparação civil contratual é o de 10 anos, ao passo que a pretensão de responsabilidade civil extracontratual prescreveria em três anos.

Entretanto, referida distinção, como se viu, não encontra respaldo no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. O prazo prescricional para a reparação civil há de incidir de modo uniforme às relações jurídicas contratuais e extracontratuais, seja pela determinação expressa do art. 206, § 3º, V, do Código Civil; seja pela imperiosa necessidade de coerência sistêmica, diante do prazo máximo de cinco anos do Código de Defesa do Consumidor, destinado à proteção dos vulneráveis; seja pela inevitabilidade de se dispensar tratamento unitário à responsabilidade contratual e extracontratual, permitindo o alinhamento com o prazo previsto para o enriquecimento sem causa, que poderá decorrer do mesmo substrato fático. Em definitivo, impõe-se o mesmo prazo prescricional de três anos para a responsabilidade civil aquiliana e extracontratual e em respeito ao princípio da isonomia (Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, n. 70, Jan-Fev/2016; Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, pág. 97).

Impõe-se destacar, por fim, que a orientação aqui esposada é aquela que, sob a ótica desse julgador, se encontra mais alinhada não só à majoritária posição da doutrina especializada como também à jurisprudência dominante desta Corte Superior, como que se pode inferir do inteiro teor dos seguintes arestos, que ora são citados apenas à título exemplificativo: *REsp n. 822.914/RS*, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ de 19/6/2006; *AgRg no Ag n. 1.085.156/RJ*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 30/03/2009; *REsp n. 1.546.424/RJ*, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 2/10/2017; *REsp n. 1.632.842/RS*, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/9/2017, DJe 15/9/2017; *REsp n. 1.589.598/MS*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 22/6/2017; *REsp n. 1.281.594/SP*, Rel. Min. Marco Auréli Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 28/11/2016 e *REsp n. 1.577.229/MG*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 14/11/2016.

Ante o exposto, divergindo mais uma vez da relatora, dou parcial provimento aos embargos de divergência do *Clube de Investimento dos Empregados da Vale - Investvale* (e-STJ fls. 4.866/5.262) e integral provimento aos embargos de divergência de *Francisco Valadares Póvoa* (e-STJ fls. 4.866/4.919), para o fim de, reformando o acórdão ora embargado, reconhecer que a pretensão de reparação civil articulada na inicial prescreve em 3 (três) anos, a teor do que dispõe o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.108.058-DF (2008/0277416-2)

Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região)

Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Clayton Vaz Cardoso Cintra Lima

Advogado: Sebastião Moraes da Cunha - DF015123

Recorrido: BRB Credito Financiamento e Investimento S A

Advogado: Adelson Jacinto dos Santos - DF019126

Interes.: Federação Brasileira de Bancos - “Amicus Curiae”

Advogados: Flavio Maia Fernandes dos Santos e outro(s) - SP270686

Diego Martinez Nagato e outro(s) - SP357595

Interes.: Instituto Brasileiro de Política e Dir. do Consumidor - “Amicus Curiae”

Advogado: Simone Maria Silva Magalhães - DF024194

EMENTA

Civil e Processual. Recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Contrato bancário. Improcedência. Finalidade de extinção da obrigação. Necessidade de depósito integral da dívida e encargos respectivos. Mora ou recusa injustificada do credor. Demonstração. Obrigatoriedade. Efeito liberatório parcial. Não cabimento. Código Civil, arts. 334 a 339. CPC de 1973, arts. 890 a 893, 896, 897 e 899. Recurso representativo de controvérsia. CPC de 2015.

1. “A consignação em pagamento visa exonerar o devedor de sua obrigação, mediante o depósito da quantia ou da coisa devida, e só poderá ter força de pagamento se concorrerem ‘em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento’ (artigo 336 do NCC)”. (Quarta Turma, REsp 1.194.264/PR, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, unânime, DJe de 4.3.2011).

2. O depósito de quantia insuficiente para a liquidação integral da dívida não conduz à liberação do devedor, que permanece em mora, ensejando a improcedência da consignatória.

3. Tese para os efeitos dos arts. 927 e 1.036 a 1.041 do CPC:

- “*Em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional*”.

4. Recurso especial a que se nega provimento, no caso concreto.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi acompanhando a divergência e propondo alteração na tese repetitiva, mudança acatada pela Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti, que abriu a divergência, a Segunda Seção, por maioria, negou provimento ao recurso especial.

Para os efeitos repetitivos, restou fixada a seguinte tese: “Em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional”.

Vencido o Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Relator).

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti. Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora p/ acórdão

DJe 23.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por *Clayton Vaz Cardoso Cintra Lima* manejado frente a acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assentando que, “sendo insuficiente a importância depositada, deve

o pleito de consignação em pagamento ser julgado improcedente, não havendo que se falar em extinção do vínculo obrigacional, mesmo que parcial” (na fl. 208).

O aresto impugnado está assim ementado:

Civil. Revisão de contrato e consignatória. Nulidade de cláusulas. Decreto 22.626/33. Inexistência de abusividade dos juros. Tabela *Price*. Legalidade. Medida Provisória 2.170-36 sem aplicabilidade. Capitalização de juros não demonstrada. Alteração unilateral do contrato. Impossibilidade. Prevalência do princípio *pacta sunt servanda*.

1. A pretensão em sugerir a alteração unilateral do contrato, para fazer inserir um reajuste sequer pactuado pelas partes, deve ser indeferida.

2. As disposições do Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional”. (Súmula 596/STF).

3. Desde que livremente pactuados, considera-se lícita a cobrança de juros acima do limite legal, bem como a Emenda Constitucional 40/2003, que revogou o parágrafo 30 do art. 192 da Carta Magna.

4. No que se refere à capitalização de juros, não se desincumbiu o Apelante de fazer qualquer prova de sua ocorrência.

5. A adoção da Tabela *Price*, por suas características, não implica cobrança de juros sobre juros, não esbarrando em qualquer restrição legal.

6. Válida se mostra a cobrança da comissão de permanência, desde que não cumulada com qualquer outro encargo, ou qualquer outra quantia que compense o atraso no pagamento, ou com juros remuneratórios.

7. Não restando comprovados os vícios, as cláusulas financeiras do mútuo pactuado não comportam a intercessão judicial sobre o seu conteúdo e a desconsideração do que ficara pactuado.

8. Sentença mantida. *Recursos da Revisional e da Consignatória desprovidos*. Unânime. (na fl. 198)

Na petição recursal, o recorrente alega a existência de violação aos seguintes dispositivos legais:

a) arts. 6º, V, e 51, IV e § 1º, III, do CDC, afirmando ser ilegal a utilização da Tabela *Price*, pois implica a cobrança de juros capitalizados mensalmente, sem que haja autorização legal para tal cobrança no contrato de mútuo revisado;

b) art. 6º, VIII, do CDC, alegando ser cabível a inversão do ônus da prova, de modo a exigir do credor a comprovação da não ocorrência da capitalização mensal de juros;

c) arts. 6º, V, e 51, § 1º, II e III, do CDC, salientando serem abusivos os juros remuneratórios cobrados; e

d) arts. 335, V, do Código Civil e 899, § 2º, do CPC/1973, aduzindo que “é perfeitamente cabível a ação de consignação em pagamento, quanto houver litígio sobre o seu objeto” e que, no caso de insuficiência do depósito ofertado, “garante-se o reconhecimento da parcial quitação da dívida, já que o restante do débito pode ser objeto de execução nos próprios autos da ação consignatória, tanto é assim, que essa Corte Superior de Justiça já firmou entendimento no sentido ora pugnado”.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08, sob a alegação de que “cabe dar curso ao apelo fundado no apontado malferimento aos artigos 335, inciso V, do Código Civil, 890 e 899, § 20, todos do Código de Processo Civil. Com efeito, a tese sustentada pela recorrente, devidamente prequestionada, encerra discussão de cunho estritamente jurídico, dispensando o exame de fatos e provas constantes dos autos, razões pelas quais deve o inconformismo ser submetido à autorizada apreciação da Corte Superior” (nas fls. 216/219).

Certificou o Tribunal recorrido que “no dia 27/08/2008 foi interposto, por *Clayton Vaz Cardoso Cintra Lima*, Recurso Especial aos acórdãos de fls. 174/185 destes autos (*ação de consignação*) e de fls. 150/162 dos autos em apenso (*ação revisional*). Certifico, ainda, que foi apresentada uma via do referido recurso para os dois processos e juntada no APC 1-101306-5”, autuado nesta Corte como Recurso Especial n. 1.176.639/DF, conexo ao presente (na fl. 211).

Dessarte, a ocorrência inusual levou a Corte de origem a equívoco no processamento do presente recurso, o que resultou na admissão deste recurso especial sem a juntada da respectiva petição recursal e na admissão do outro recurso, o REsp 1.176.639/DF, cujo acórdão não enfrentou o tema em destaque.

Logo, como o recorrente, e a presente afetação, não podem ser prejudicados por falha do serviço cartorário do Tribunal de origem, foi determinada a extração de cópia da petição inicial do recurso especial juntada no REsp 1.176.639/DF para que seja anexada aos presentes autos, porquanto idênticas.

Nessa quadra, recomenda-se a limitação do presente julgamento ao tema da afetação, porquanto as demais questões (inversão do ônus da prova, juros remuneratórios e tabela *Price*) já foram decididas no idêntico e conexo Recurso Especial n. 1.176.639/DF.

Em prosseguimento, verificando-se que, realmente, o recurso especial traz controvérsia repetitiva, de caráter multitudinário, com inúmeros recursos em tramitação nesta Corte ou sobrestados na origem, versando sobre o tema dos “efeitos da insuficiência do depósito ofertado na ação de consignação em pagamento”, a eg. Segunda Seção desta Corte, na assentada do dia 14 de dezembro de 2016, com fundamento nos arts. 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil e art. 56 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, ratificou a admissibilidade do presente recurso como representativo de controvérsia repetitiva (nas fls. 273/278).

A Defensoria Pública da União, o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), o Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil, a Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN e o Banco Central do Brasil - BACEN foram admitidos como *amici curiae* (nas fls. 280/282).

A *Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN* manifesta-se defendendo que, “nas hipóteses em que o valor depositado pelo consignante for insuficiente, será o caso de parcial procedência do pedido, havendo extinção parcial da obrigação, ou seja, extinção em relação à parte que foi efetivamente depositada” e que, “em relação aos eventuais encargos moratórios, estes somente incidirão sobre a parcela não adimplida” (na fl. 303)

O *Banco Central do Brasil - BACEN*, por sua vez, assegura que esta Corte “possui entendimento segundo o qual, na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada” (na fl. 352).

O *Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON*, por seu turno, argumenta que “mostra-se incontroverso que o depósito parcial realizado pelo consumidor deve ter seu cunho satisfativo reconhecido, como decorrência lógica do disposto nos artigos 544 e 545 do Código de Processo Civil” (na fl. 362).

O *Ministério Público Federal*, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República *Dr. Antônio Carlos Alpino Bigonha*, *opina pelo conhecimento e provimento do recurso especial* para assentar a tese de que “a insuficiência do depósito na ação de consignação em pagamento não conduz à improcedência do pedido, mas ao julgamento de parcial procedência, tendo em vista a extinção parcial da dívida, abatendo-se do saldo devedor o montante já depositado em juízo” (na fl. 448).

É o relatório, quanto ao que se reputou mais relevante.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) (Relator): O Código de Processo Civil positivou no direito processual brasileiro o *Microsistema de Precedentes Obrigatórios* (art. 927), do qual fazem parte o *incidente de assunção de competência*, o *incidente de resolução de demandas repetitivas* e o *julgamento de casos repetitivos em sede de Recurso Especial* (art. 928), este último já previsto no art. 543-C do CPC anterior.

Destaca-se que, nos moldes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, “os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, *precedentes qualificados* de estrita observância pelos Juízes e Tribunais” (art. 121-A).

Assim, a nova legislação, reconhecendo que os Tribunais devem “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (CPC, art. 926), insere, de maneira mais incisiva, na estrutura clássica do processo civil brasileiro a Teoria dos Precedentes (*Stare Decisis*), de modo a promover a proporcionalidade, a razoabilidade e a eficiência da aplicação do ordenamento jurídico (CPC, art. 8º).

No específico caso do julgamento de Recurso Especial Repetitivo, o rito é o previsto nos arts. 1.036 a 1.041 do CPC (art. 543-C do CPC/1973), devendo ser realizado “sempre que houver multiplicidade de recursos (...) especiais com fundamento em idêntica questão “ (art. 1.036), “de direito material ou processual” (art. 928), sendo que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida” (art. 1.038, § 3º).

No caso dos autos, a controvérsia apresenta-se de forma multitudinária, em inúmeras ações que, submetidas a diversos Tribunais pátrios, aguardam julgamento que consolide, concentradamente, o entendimento acerca do tema afetado, sendo, pois, a hipótese prevista nos arts. 1.036 a 1.041 do CPC.

- Discussão da tese

O tema encontra-se pacificado na jurisprudência desta Corte, no sentido de que, na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada, acarretando o reconhecimento da sucumbência recíproca.

Confirmam-se os seguintes precedentes, a título de exemplo:

Agravo regimental no agravo (art. 544 do CPC/73). Ação de consignação em pagamento. Decisão monocrática que conheceu do agravo para negar seguimento ao próprio recurso especial. Insurgência do réu.

1. A insuficiência do depósito não enseja a improcedência do pedido de consignação em pagamento, podendo haver posterior complementação.

2. Na hipótese, houve efetiva controvérsia acerca da necessidade de complementação do depósito em razão de a parte credora ter procedido à rescisão unilateral do contrato de compra e venda e procedido à devolução do sinal para terceiro, pessoa distinta do comprador, motivo pelo qual o acréscimo referente ao sinal fora realizado após a deliberação do juízo acerca do valor controvertido.

2.1 O só fato do autor complementar o depósito feito em ação de consignação em pagamento não lhe impõe os encargos da sucumbência, desde que seja vitorioso na contenda. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 231.373/CE, *Rel. Ministro Marco Buzzi*, Quarta Turma, julgado em 06/06/2017, DJe de 12/06/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Análise do conteúdo do dispositivo impugnado. Menção expressa. Desnecessidade. Depósitos insuficientes. Quitação parcial da obrigação. Ônus sucumbenciais. Sucumbência recíproca. Agravo não provido.

1. O prequestionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados, sendo necessário apenas que, no aresto recorrido, a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente. No caso dos autos, em que pese o acórdão recorrido não tenha expressamente citado os dispositivos legais em relação aos quais a recorrente alega ausência de prequestionamento, tratou da matéria nele prevista, qual seja, resultado da ação consignatória quando o valor depositado não é integral.

2. *Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada. Ademais, na hipótese de procedência parcial dos pedidos, os ônus de sucumbência devem ser suportados por ambas as partes.*

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 609.219/RS, *Rel. Ministro Raul Araújo*, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe de 04/11/2016)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ações conexas de consignação em pagamento e de cobrança. Cota condominial. Injusta recusa

do credor. Depósito insuficiente. Procedência parcial. Sucumbência recíproca. Decaimento mínimo.

1. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que havendo injusta recusa do credor, de um lado, e depósito insuficiente pelo devedor, de outro, a hipótese é de acolhimento parcial do pedido de consignação no montante depositado, o que caracteriza a sucumbência recíproca.

2. Caso em que foi declarada injusta a recusa do condomínio por cobrança abusiva de encargos e apurada diferença mínima do valor devido com o depósito efetuado pela condômina, o que enseja a aplicação do parágrafo único do art. 21 do CPC.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 98.619/SP, Rel. Ministra **Maria Isabel Gallotti**, Quarta Turma, DJe de 18/09/2014)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Depósitos insuficientes. Quitação parcial da obrigação. Ônus sucumbenciais. Sucumbência recíproca. Súmula 83/STJ. Recurso não provido.

1. Não se verifica ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem se manifesta de forma motivada para a solução da lide e declina os fundamentos jurídicos que embasaram sua decisão, não configurando omissão ou pronunciamento judicial contrário à pretensão do recorrente.

2. Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada. Na hipótese de procedência parcial dos pedidos, os ônus de sucumbência devem ser suportados por ambas as partes. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 735.436/DF, Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão**, Quarta Turma, DJe de 25/09/2015)

Agravo regimental no recurso especial. Civil e Processual Civil. Ação de consignação em pagamento. Reconhecimento da ausência de irregularidades em assembléia condominial consentânea com as normas da convenção de condomínio. Enunciados 5 e 7/STJ. Depósitos insuficientes. Quitação parcial da obrigação. Cabimento. Ausência de indicação do valor devido. Desnecessidade. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.406.105/RS, Rel. Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, DJe de 25/06/2014)

Processual Civil. Agravo. Recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Depósitos insuficientes. Quitação parcial da obrigação. Ônus sucumbenciais.

- Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada.

- Na hipótese de procedência parcial dos pedidos, os ônus de sucumbência devem ser suportados por ambas as partes.

- Agravo não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.223.520/MS, Rel. Ministra **Nancy Andriahi**, Terceira Turma, DJe de 15/10/2012)

Destaca-se que, na análise dos dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil incidentes à espécie, não se depreende vedação, sequer implícita, à adoção dessa solução racionalizadora da atividade jurisdicional.

Aos revés, o § 2º do art. 545 do Código de Processo Civil expressamente prevê que “a sentença que concluir pela insuficiência do depósito *determinará, sempre que possível, o montante devido e valerá como título executivo*, facultado ao credor promover-lhe o cumprimento nos mesmos autos, após liquidação, se necessária” (grifou-se).

Essa possibilidade, que já era igualmente prevista no Código de Processo Civil revogado, foi salientada pelo eminente Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*, no julgamento do REsp 94.425/SP, nos seguintes moldes:

O art. 899 do CPC, com a redação dada pela Lei 8.951/94, nos casos de insuficiência do depósito efetuado em ação consignatória, prevê que o juiz determinará, sempre que possível, o montante devido, que valerá como título executivo, podendo a execução ser promovida nos próprios autos.

Trata-se de uma feliz inovação do legislador da reforma, que veio dar maior eficácia à ação consignatória e resolver o impasse decorrente do reconhecimento da insuficiência do depósito, cuja sentença não solucionava a situação do devedor, que via rejeitado o seu pedido e continuava inadimplente sabe-se lá de qual quantia, e não auxiliava o credor, que permanecia com o crédito insatisfeito.

Pela regra atual, a insuficiência do depósito autoriza a liberação parcial do devedor e permite ao credor levantar o numerário oferecido. Com isso, transforma a ação consignatória na via a mais adequada para a definição dos créditos - e digo mais adequada porque nela já há pagamentos e quitações, satisfazendo, mais do que qualquer outra, os interesses dos contratantes. *Além disso, culmina por entregar ao credor um título executivo e permite que, sem novo processo, obtenha a sua execução.* Em casos tais, a ação consignatória é em parte procedente, naquilo em que o depósito serviu para a liberação parcial do devedor, e em parte improcedente, quanto ao débito que remanesce e ficou reconhecido na

sentença. Havendo sucumbência recíproca, os ônus devem ser repartidos na forma preconizada pelo art. 21 do CPC. (REsp 94.425/SP, Rel. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, Quarta Turma, DJ de 12/05/1997, p. 18.810)

Não por outro motivo, diversos precedentes desta Corte defendem “ser possível a discussão do valor do débito em sede de ação de consignação em pagamento, ainda que para tanto seja necessária a revisão de cláusulas contratuais” (AgRg no REsp 1.179.034/RJ, Rel. *Ministra Maria Isabel Gallotti*, Quarta Turma, DJe de 05/05/2015).

No mesmo sentido: AgRgAg 406.408/DF (Terceira Turma, Rel. *Min. Nancy Andrigbi*, DJe de 18/2/2002); AgRgAg 432.140/DF (Quarta Turma, Rel. *Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJe de 17/6/2002); REsp 345.568/SP (Quarta Turma, Rel. *Min. Aldir Passarinho Junior*, DJe de 10/2/2003); REsp 299.171/MS (Quarta Turma, Rel. *Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJe de 10/9/2001; e REsp 401.708/MG (Terceira Turma, Rel. *Min. Castro Filho*, DJe de 9/12/2003).

Nesse passo, destaque-se o julgamento do Recurso Especial n. 41.849/PR, no qual se decidiu que a ação “consignatória presta-se para solucionar dúvidas e controvérsias entre as partes relativas ao pagamento devido, servindo a instrução para aclarar as divergências existentes sobre a incidência da cláusula de reajuste diante de alteração legislativa posterior” (Terceira Turma, Rel. *Min. Carlos Alberto Menezes Direito*, DJ de 28/4/1997 - grifou-se).

Também nessa esteira, mais modernamente, decidiu-se que, “na ação de consignação em pagamento, é possível ampla discussão sobre o débito e o seu valor, inclusive com a interpretação da validade e alcance das cláusulas contratuais”. Confira-se a ementa do julgado:

Direito Civil e Processual Civil. Contrato de financiamento imobiliário. Carteira hipotecária. Juros remuneratórios. Capitalização mensal de juros. Taxa referencial. Incidência. CDC. Incidência. Compensação. Prequestionamento. Ausência. Ação de consignação em pagamento. Revisão de cláusulas contratuais. Possibilidade.

- Em contrato de financiamento imobiliário firmado sob o regime da carteira hipotecária, não incide a limitação de juros remuneratórios prevista na Lei de Usura.

- É vedada a capitalização mensal de juros em contrato de financiamento imobiliário.

- Em regra, admite-se a incidência da taxa referencial como critério de atualização do saldo devedor em contrato de financiamento imobiliário.

- É de consumo a relação jurídica estabelecida entre o agente financiador e o mutuário adquirente do imóvel.

- É inadmissível o recurso especial na parte que em não houve o prequestionamento do direito tido por violado.

- *na ação de consignação em pagamento, é possível ampla discussão sobre o débito e o seu valor, inclusive com a interpretação da validade e alcance das cláusulas contratuais. Precedentes.*

- Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp 436.842/RS, Rel. Ministra **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, julgado em 08/03/2007, DJ de 14/05/2007, p. 279)

Nessa quadra, em atenção aos princípios da economia e celeridade processuais, corolários do princípio constitucional da razoável duração do processo, bem como em sujeição ao novíssimo princípio da primazia da decisão de mérito, nada impede - ao contrário, recomenda-se - o julgamento parcial da ação de consignação, com a relativa isenção da obrigação e fixação, nos mesmos autos, ainda que seja necessária a revisão da relação jurídica subjacente, de modo a fixar o saldo devedor que constituir-se-á em título judicial.

- *Tese proposta:*

Dessarte, para os fins dos *arts. 927 e 1.036 a 1.041 do CPC*, propõe-se a adoção da seguinte tese:

Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada, acarretando o reconhecimento da sucumbência recíproca, devendo a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinar, sempre que possível, o montante devido que valerá como título executivo, ainda que para tanto seja necessária a revisão de cláusulas contratuais.

- *Julgamento do caso concreto:*

Passa-se à análise do caso concreto discutido no recurso especial, cujos contornos já foram inicialmente delineados, manejado diante de acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assentando que, “sendo insuficiente a importância depositada, deve o pleito de consignação em pagamento ser julgado improcedente, não havendo que se falar em extinção do vínculo obrigacional, mesmo que parcial” (na fl. 208).

Por sua vez, o recorrente alega, em síntese, que “é perfeitamente cabível a ação de consignação em pagamento, quanto houver litígio sobre o seu objeto” e que, no caso de insuficiência do depósito ofertado, “garante-se o reconhecimento da parcial quitação da dívida, já que o restante do débito pode ser objeto de execução nos próprios autos da ação consignatória, tanto é assim, que essa Corte Superior de Justiça já firmou entendimento no sentido ora pugnado” (na fl. 434).

Assiste-lhe razão, porquanto, nos termos da tese acima consolidada, na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada, acarretando o reconhecimento da sucumbência recíproca, devendo a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinar, sempre que possível, o montante devido que valerá como título executivo, ainda que para tanto seja necessária a revisão de cláusulas contratuais.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que dê continuidade à ação de consignação nos moldes acima enunciados e nos termos do que decidido no REsp 1.176.639/DF.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Cuida-se de recurso especial interposto por Clayton Vaz Cardoso Cintra Lima, com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, visando à reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que, em julgamento conjunto de ações de consignação em pagamento e revisional de contrato de empréstimo e financiamento para renegociação de quatro outros (fl. 20 dos autos conexos, REsp 1.176.639/DF), negou provimento à apelação do ora recorrente, conforme a seguinte ementa (fl. 198):

Civil. Revisão de contrato e consignatória. Nulidade de cláusulas. Decreto 22.626/33. Inexistência de abusividade dos juros. Tabela *Price*. Legalidade. Medida Provisória 2.170-36 sem aplicabilidade. Capitalização de juros não demonstrada. Alteração unilateral do contrato. Impossibilidade. Prevalência do princípio *pacta sunt servanda*.

1. A pretensão em sugerir a alteração unilateral do contrato, para fazer inserir um reajuste sequer pactuado pelas partes, deve ser indeferida.
 2. As disposições do Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional". (Súmula 596 - STF).
 3. Desde que livremente pactuados, considera-se lícita a cobrança de juros acima do limite legal, bem como a Emenda Constitucional 40/2003, que revogou o parágrafo 3º do art. 192 da Carta Magna.
 4. No que se refere à capitalização de juros, não se desincumbiu o Apelante de fazer qualquer prova de sua ocorrência.
 5. A adoção da Tabela *Price*, por suas características, não implica cobrança de juros sobre juros, não esbarrando em qualquer restrição legal.
 6. Válida se mostra a cobrança da comissão de permanência, desde que não cumulada com qualquer outro encargo, ou qualquer outra quantia que compense o atraso no pagamento, ou com juros remuneratórios.
 7. Não restando comprovados os vícios, as cláusulas financeiras do mútuo pactuado não comportam a intercessão judicial sobre o seu conteúdo e a desconsideração do que ficara pactuado.
 8. Sentença mantida. Recursos da Revisional e da Consignatória desprovidos.
- Unânime.

Sem a oposição de embargos de declaração, o recorrente apontou no especial (encartado às fls. 172/214 dos autos conexos, o REsp 1.176.639/DF, segundo explicitado na narrativa do Relator) a violação dos arts. 6º, incisos V e VIII, 51, inciso IV, e § 1º, incisos II e III, do Código de Defesa do Consumidor; 335, inciso V, do Código Civil; e 899, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil de 1973, a pretexto de que, de acordo com as Súmulas 121 e 93 do STF e do STJ, respectivamente, a capitalização dos juros é vedada em contratos como o dos autos, por constituir abusividade e onerosidade excessivas.

Pelo mesmo fundamento, repele a conclusão de que não foi demonstrada a aplicação de juros capitalizados já que faz jus à inversão do ônus probatório, diante de ser a parte hipossuficiente na avença, havendo ainda verossimilhança e abrigo em relação de consumo, nos termos da Súmula 297/STJ.

Adiciona que a incidência de juros remuneratórios superiores a 12% (doze por cento) ao ano infringe do mesmo modo o diploma consumerista.

Por fim, sustenta que o depósito deve ser reconhecido como quitação de parcela do débito, a título de valor incontroverso, liberando o devedor na mesma

medida, o que impõe a procedência parcial da consignatória, na esteira da jurisprudência pacífica deste Tribunal, pois ao credor é facultado prosseguir no mesmo feito pela quantia remanescente, merecendo reforma o julgado distrital que julgou improcedente a ação consignatória por insuficiência do depósito apesar de haver excluído a cobrança cumulativa da comissão de permanência com outros encargos da mora.

Não foram apresentadas contrarrazões (cf. certidão de fl. 215).

Datada de 10.11.2008, a decisão de admissibilidade aplicou o óbice da Súmula 7/STJ a todos os temas objeto da ação revisional, porém admitiu pelo rito dos recursos repetitivos apenas quanto ao trecho do especial relativo ao efeito do depósito realizado na ação consignatória (fls. 216/219).

O Ministro Raul Araújo, relator originário, determinou fosse trasladada cópia da “petição inicial do recurso especial”, que foi juntada no TJDFT exclusivamente no processo conexo, o REsp 1.176.639/DF (fls. 256/257).

Às fls. 259/274, ocorreu a juntada apenas da inicial da ação revisional conexa.

Afetação aprovada pela Segunda Seção segundo os termos da Proposta de fls. 276/278.

Providências para instrução do repetitivo tomadas às fls. 280/282, inclusive a suspensão do trâmite de ações assemelhadas.

A Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN (fls. 299/345), admitida como *amicus curiae*, acentuou que a jurisprudência atualmente predominante nesta Corte orienta-se no sentido de a insuficiência do depósito na ação de consignação em pagamento não conduz à improcedência do pedido, mas à extinção parcial da obrigação até o montante da importância consignada. Sustentou, todavia, que a sucumbência não pode ser imposta ao réu, mesmo parcialmente, em virtude do princípio da causalidade, se não demonstrado que o credor recusou o recebimento mediante quitação parcial, concluindo (e-STJ 306-307):

Caso o consignante tenha provocado, por conduta omissiva, uma judicialização desnecessária, deverá ser responsabilizado pelos ônus da sucumbência. O consignado não pode entrar no processo já ciente que deverá arcar com as custas e honorários do consignante pelo simples fato de aceitar o depósito e promover a quitação do débito.

Assim, nos casos de procedência parcial do pedido, só deverá haver a condenação do credor, ainda que atinente apenas ao depósito parcial, na hipótese de o consignado ter se recusado a dar a quitação parcial, dando causa ao ajuizamento da ação. Caso o consignante tiver exigido a quitação total e o depósito vier a ser julgado insuficiente, não há que se falar em causalidade e não caberá qualquer condenação ao credor

Caso contrário, estaria prejudicando ainda mais o credor que já sofreu com a inadimplência do devedor e não deu causa ao ajuizamento da ação. E mais, contribuindo para propagar a inadimplência que já é alarmante no país, causando danos tanto ao Estado (com a propositura da ação consignatória) quanto ao credor/consignado, que esperou para receber o seu crédito.

O Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON (fls. 357/390) defendeu seja assentada a tese de que a insuficiência do depósito não acarreta a improcedência do pedido consignatório, mas a sua procedência parcial, com a extinção parcial da obrigação.

O Banco Central do Brasil (fls. 349/355) manifestou-se no sentido da ausência de interesse para ingressar como *amicus curiae*.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo provimento do recurso especial para julgar parcialmente procedente o pedido ajuizado na ação de consignação em pagamento (fls. 442/448).

Com o afastamento do Ministro Relator para o exercício da Corregedoria-Geral da Justiça Federal, o processo foi atribuído ao Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) na data de 3.10.2017.

Em 14.3.2018, o Ministro Relator apresentou voto no sentido do provimento do recurso especial e estabelecimento da seguinte tese:

“Na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação, até o montante da importância consignada, acarretando o reconhecimento da sucumbência recíproca, devendo a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinar, sempre que possível, o montante devido que valerá como título executivo, ainda que para tanto seja necessária a revisão de cláusulas contratuais”.

Pedi vista antecipada naquela oportunidade.

Ainda adiciono que o feito conexo (REsp 1.176.639/DF), ao qual ficaram relegadas as questões referentes à revisão do contrato, ainda não foi objeto de decisão até o momento, e que o óbice da Súmula 7/STJ, levantado na decisão de admissibilidade, não foi questionado no agravo nos próprios autos.

II

Assim resumida a matéria, passo a apresentar meu voto vista.

Preliminarmente, assinalo que a análise do especial está condicionada pela aplicação do Enunciado Administrativo 2/STJ, considerando que a publicação do acórdão ocorreu em 14.8.2008, quando em vigor o CPC revogado.

Ainda de início, registro que o contrato foi celebrado em 13.12.2001 (fl. 20 do REsp 1.176.639/DF). Existe previsão de taxa de juros mensal de 3,70% (três, inteiros e setenta centésimos por cento) e anual de 54,54% (cinquenta e quatro inteiros e cinquenta e quatro centésimos por cento).

O autor ajuizou duas ações: ação de revisão contratual e ação de consignação em pagamento.

Por meio da ação de revisão contratual, o autor logrou êxito em modificar apenas a cláusula que permitia a cumulação de comissão de permanência com juros de mora e multa. Os encargos da fase de normalidade contratual não foram alterados, ficando mantida a prestação pactuada.

A ação de consignação foi julgada improcedente, porque oferecida prestação não correspondente ao ajustado no contrato de mútuo, não suficiente para extinguir a obrigação.

As apelações em ambas as ações foram julgadas pelo mesmo acórdão, ora recorrido, que confirmou as duas sentenças.

O recurso especial ora em julgamento diz respeito apenas à ação consignatória.

III

Tenha-se em mente que a presente ação foi distribuída originalmente em 17.11.2003, quando já em vigor o atual Código Civil, publicado em 2002, que assim disciplinou a matéria, nos arts. 334 a 345:

Do Pagamento em Consignação

Art. 334. *Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais.*

Art. 335. A consignação tem lugar:

I - *se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma;*

II - se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos;

III - se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil;

IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;

V - se pender litígio sobre o objeto do pagamento.

Art. 336. *Para que a consignação tenha força de pagamento, será mister concorrer, em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento.*

Art. 337. *O depósito requerer-se-á no lugar do pagamento, cessando, tanto que se efetue, para o depositante, os juros da dívida e os riscos, salvo se for julgado improcedente.*

Art. 338. Enquanto o credor não declarar que aceita o depósito, ou não o impugnar, poderá o devedor requerer o levantamento, pagando as respectivas despesas, e subsistindo a obrigação para todas as conseqüências de direito.

Art. 339. Julgado procedente o depósito, o devedor já não poderá levantá-lo, embora o credor consinta, senão de acordo com os outros devedores e fiadores.

O CPC de 1973 tratou da ação de consignação em pagamento nos seguintes termos, já considerando as alterações introduzidas pela Lei 8.951, de 13.12.1994, que emprestou ao feito o caráter dúplice, proporcionando a formação do título executivo em favor do réu/credor, norma com nítido caráter material:

Da ação de consignação em pagamento

Art. 890. *Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.*

§ 1º *Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o devedor ou terceiro optar pelo depósito da quantia devida, em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando-se o credor por carta com aviso de recepção, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa. (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)*

§ 2º *Decorrido o prazo referido no parágrafo anterior, sem a manifestação de recusa, reputar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada. (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)*

§ 3º *Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, o devedor ou terceiro poderá propor, dentro de 30 (trinta) dias, a ação de consignação, instruindo a inicial com a prova do depósito e da recusa. (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)*

§ 4º Não proposta a ação no prazo do parágrafo anterior, ficará sem efeito o depósito, podendo levantá-lo o depositante. (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

Art. 891. *Requerer-se-á a consignação no lugar do pagamento, cessando para o devedor, tanto que se efetue o depósito, os juros e os riscos, salvo se for julgada improcedente.*

Parágrafo único. Quando a coisa devida for corpo que deva ser entregue no lugar em que está, poderá o devedor requerer a consignação no foro em que ela se encontra.

Art. 892. Tratando-se de prestações periódicas, uma vez consignada a primeira, pode o devedor continuar a consignar, no mesmo processo e sem mais formalidades, as que se forem vencendo, desde que os depósitos sejam efetuados até 5 (cinco) dias, contados da data do vencimento.

Art. 893. *O autor, na petição inicial, requererá:* (Redação dada pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

I - *o depósito da quantia ou da coisa devida, a ser efetivado no prazo de 5 (cinco) dias contados do deferimento, ressalvada a hipótese do § 3º do art. 890;* (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

II - *a citação do réu para levantar o depósito ou oferecer resposta.* (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

(...)

Art. 896. Na contestação, o réu poderá alegar que: (Redação dada pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

I - *não houve recusa ou mora em receber a quantia ou coisa devida;*

II - *foi justa a recusa;*

III - *o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;*

IV - *o depósito não é integral.*

Parágrafo único. No caso do inciso IV, a alegação será admissível se o réu indicar o montante que entende devido. (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

Art. 897. *Não oferecida a contestação, e ocorrentes os efeitos da revelia, o juiz julgará procedente o pedido, declarará extinta a obrigação e condenará o réu nas custas e honorários advocatícios.* (Redação dada pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

Parágrafo único. *Proceder-se-á do mesmo modo se o credor receber e der quitação.*

(...)

Art. 899. Quando na contestação o réu alegar que o depósito não é integral, é lícito ao autor completá-lo, dentro em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação, cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.

§ 1º *Alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.* (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994)

§ 2º *A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos.* (Incluído pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994) (sem destaques no original)

Apenas para efeito comparativo, ressaltado que a redação do CPC de 2015 não inovou significativamente quanto ao tema:

Art. 539. *Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.*

§ 1º *Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o valor ser depositado em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, cientificando-se o credor por carta com aviso de recebimento, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa.*

§ 2º *Decorrido o prazo do § 1º, contado do retorno do aviso de recebimento, sem a manifestação de recusa, considerar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada.*

§ 3º *Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, poderá ser proposta, dentro de 1 (um) mês, a ação de consignação, instruindo-se a inicial com a prova do depósito e da recusa.*

§ 4º *Não proposta a ação no prazo do § 3º, ficará sem efeito o depósito, podendo levá-lo o depositante.*

Art. 540. *Requerer-se-á a consignação no lugar do pagamento, cessando para o devedor, à data do depósito, os juros e os riscos, salvo se a demanda for julgada improcedente.*

Art. 541. *Tratando-se de prestações sucessivas, consignada uma delas, pode o devedor continuar a depositar, no mesmo processo e sem mais formalidades, as que se forem vencendo, desde que o faça em até 5 (cinco) dias contados da data do respectivo vencimento.*

Art. 542. *Na petição inicial, o autor requererá:*

I - o depósito da quantia ou da coisa devida, a ser efetivado no prazo de 5 (cinco) dias contados do deferimento, ressalvada a hipótese do art. 539, § 3º;

II - a citação do réu para levantar o depósito ou oferecer contestação.

Parágrafo único. Não realizado o depósito no prazo do inciso I, o processo será extinto sem resolução do mérito.

(...)

Art. 544. Na contestação, o réu poderá alegar que:

I - não houve recusa ou mora em receber a quantia ou a coisa devida;

II - foi justa a recusa;

III - o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;

IV - o depósito não é integral.

Parágrafo único. No caso do inciso IV, a alegação somente será admissível se o réu indicar o montante que entende devido.

Art. 545. *Alegada a insuficiência do depósito, é lícito ao autor completá-lo, em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.*

§ 1º *No caso do caput, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prossequindo o processo quanto à parcela controvertida.*

§ 2º *A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido e valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe o cumprimento nos mesmos autos, após liquidação, se necessária.*

Art. 546. *Julgado procedente o pedido, o juiz declarará extinta a obrigação e condenará o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios.*

Parágrafo único. *Proceder-se-á do mesmo modo se o credor receber e der quitação.*

Da análise dos dispositivos legais acima, pode-se concluir:

a) das normas substantiva e procedimental, que a consignação de valor monetário é forma de pagamento integral da dívida vencida e que tem por objetivo extinguir a obrigação, ainda que se admita o depósito das parcelas vincendas, ainda não exigíveis (CC, arts. 334 e 336; CPC/73, art. 890);

b) que, em relação ao tema em debate, só tem lugar quando o credor não puder receber ou se recusar, *sem justa causa*, a receber ou dar quitação, ou pender litígio sobre o objeto (CC, art. 335);

c) que devem concorrer os requisitos para a validade do pagamento, como tempo, modo, valor, sujeitos, lugar e acréscimos legais (CC, arts. 336 e 337, CPC/73, arts. 890, § 1º, e 891);

d) que a consignação em estabelecimento bancário (extrajudicial), assim como o ajuizamento do feito judicial, direito de ação que é, constitui faculdade (“poderá”) do devedor (CPC/73, art. 890, § 1º);

e) que cessa para o devedor, sobre a importância depositada, a fluência de juros e os riscos, exceto se for julgada improcedente a consignatória (CPC/73, art. 891);

f) que o réu/credor, se alegar que o pagamento não é integral, deve indicar o montante que entende devido (CPC/73, art. 896, inciso IV e parágrafo único);

g) com a procedência do pedido se dará a declaração de extinção da obrigação;

h) que existe possibilidade de julgamento de improcedência (CPC/1973, art. 891), caso em que o depósito não terá tido o efeito de fazer cessar a mora do devedor.

IV

É certo que o voto apresentado pelo Ministro Relator tem apoio na jurisprudência atual deste Tribunal, inclusive sob a minha relatoria, mas penso que é o momento de uma nova reflexão sobre o tema.

A doutrina de João Roberto Parizatto, lastreada em lições de ilustres juristas, bem explicita o objetivo, os requisitos e os efeitos da ação de consignação em pagamento:

Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais (novo Código Civil, art. 334). O depósito judicial far-se-á através de ação de consignação em pagamento prevista no art. 890 do Código de Processo Civil e o depósito bancário na forma do parágrafo 1º do art. 890 do dispositivo citado.

(...)

O texto no novo Código Civil prevê que a recusa deve ser por justa causa. Justa causa pode ser conceituada como o motivo que legalmente ou procedentemente justifique determinada coisa.

(...)

Face a inúmeros motivos que podem ensejar a recusa por parte do credor, impossível seria delinear-se quais os casos em que se entenderia a recusa como justa. Silenciando-se, o Código Civil, a tal questão, tem-se que o conceito de justa recusa terá de ser analisado ao arbítrio do juiz, que ao analisar a questão fática e específica do respectivo caso, colocada sobre a sua apreciação, dará seu pronunciamento, entendendo ou não pela justiça da recusa, ficando sua decisão, evidentemente, sujeita à reapreciação pela Superior Instância, em recurso facultativo das partes litigantes.

SILVIO RODRIGUES, Direito Civil, Vol. II. Ed. Saraiva, 1986, p. 195, ensina que:

Quando a recusa do credor encontra justificativa, a ação é julgada improcedente; quando não se esteia em boa razão, como no exemplo acima, a ação é julgada procedente e o depósito equivale a pagamento.

A justa causa, portanto, terá de ser apreciada caso a caso, sem que se possa defini-la de forma geral, merecendo-se uma análise de acordo com as particularidades de cada caso.

(...)

(“Consignação em pagamento”. Edipa, Ouro Fino/São Paulo, 2003, pp. 1/9) (sem sublinhas no original)

Dessa linha, não se desvia Antônio Carlos Marcato:

8.1. *A defesa do inc. I:* se o réu sustentar, em sua contestação, a inoccorrência de recusa ou de mora no recebimento da quantia ou da coisa devida (e sendo a dívida de natureza portátil), é do autor o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito (NCPC, art. 373, I), cabendo-lhe demonstrar ter diligenciado, sem sucesso, o pagamento junto ao credor; tratando-se de dívida quesível, bastará ao autor afirmar que o réu não foi, nem mandou buscar a prestação devida, no tempo, lugar e modo convencionados, competindo ao segundo, neste caso, o ônus de provar que diligenciou o recebimento.

8.2. *A defesa do inc. II:* o réu poderá reconhecer a recusa afirmada na petição inicial, mas fundar sua defesa na justeza de seu comportamento, alegando, por exemplo, a ausência de qualquer dos requisitos do pagamento, à época da oferta da prestação pelo devedor, circunstância que invalidaria aquele ato extintivo da obrigação; apresentada essa sua linha de defesa, será dele o ônus da prova (NCPC, art. 333, I).

(...)

8.4. *A defesa do inciso IV:* o réu poderá alegar, finalmente, a não integralidade do depósito, sob o argumento de que a quantia ou a quantidade de coisas depositadas não corresponde à totalidade da dívida. Adotando essa linha de defesa, compete-lhe indicar o montante de que repute devido, sob pena de ser desconsiderada a sua alegação (NCPC, art. 544, parágrafo único), até porque, vindo a ser rejeitado o pedido consignatório, o juiz condenará o autor-consignante ao pagamento da diferença reclamada pelo credor-réu, mercê da natureza *dúplice*, nesta hipótese, da ação consignatória. *Por outras palavras, sendo a contestação fundada na insuficiência do depósito, a ação de consignação em pagamento assume natureza dúplice e, rejeitado o pedido formulado pelo autor, o juiz o condenará, independentemente da oferta de reconvenção pelo réu, a satisfazer*

o montante devido (a diferença apontada na contestação - art. 544, parágrafo único); e como a sentença conterà carga condenatória, valerá como título executivo judicial (art. 515, I), incidindo, então, o disposto nos arts. 520 e s. do novo Código de Processo Civil.

(...)

9.1. *A não complementação do depósito e suas consequências: examinemos algumas situações relacionadas à não complementação do depósito.*

A - O autor não complementa o depósito, mas o juiz se convence, ao final, da correção e adequação daquele originalmente realizado: deverá acolher o pedido consignatório e declarar extinta a obrigação, arcando o réu com o ônus da sucumbência, pois se revelou injustificada a sua resistência.

B - Reconhecida a insuficiência do depósito, o juiz adotará uma, entre as seguintes providências: (i) se o réu não efetuou o levantamento do depósito, facultado (mas não imposto!) pelo § 1º do art. 545, será rejeitado o pedido consignatório, arcando o autor, com exclusividade, com as consequências decorrentes da sucumbência; e, independentemente de dedução de pedido reconventional pelo réu (mercê da natureza dúplice, neste caso, da ação consignatória), o autor consignante será ainda condenado ao pagamento (ou à entrega) da diferença da quantia (ou da coisa) devida, valendo a sentença como título executivo judicial, a permitir ao credor-réu a sua execução. (...); (ii) se o réu levantou o depósito, as consequências serão idênticas às enunciadas no item anterior, seja porque o levantamento atinge apenas as parcelas incontroversas, não autorizando a conclusão de que, ao levantá-las, ele tenha reconhecido a pertinência e a suficiência de depósito, estará demonstrada a correção da conduta do réu ao recusá-lo, nos moldes em que foi efetivado pelo autor, circunstância suficiente, por si só, a ensejar a rejeição do pedido consignatório.

(“Novo Código de Processo Civil”, vol. I, Saraiva, São Paulo, 2016, pp. 79/82)

A impossibilidade de fracionar o pagamento, que deve ocorrer de forma integral, ou ainda impor o recebimento de forma diversa da ajustada na obrigação assumida, também encontra eco em precedentes desta Corte:

Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Taxa *Selic*. Fundamento inatacado. Súmula 283/STF. **Ação de consignação em pagamento. Natureza e finalidade. Utilização para obter provimento de caráter constitutivo, modificativo do prazo da obrigação. Impossibilidade.** Tributário. Confissão da dívida. Parcelamento do débito. Denúncia espontânea não configurada. Exclusão da multa moratória. Impossibilidade.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Não pode ser conhecido o recurso especial que não ataca fundamento que, por si só, é apto a sustentar o juízo emitido pelo acórdão recorrido. Aplicação analógica da Súmula 283/STF.

3. O depósito em consignação é modo de extinção da obrigação, com força de pagamento, e a correspondente ação consignatória tem por finalidade ver atendido o direito – material – do devedor de liberar-se da obrigação e de obter quitação. Trata-se de ação eminentemente declaratória: declara-se que o depósito oferecido liberou o autor da respectiva obrigação.

4. Sendo a intenção do devedor, no caso concreto, não é a de pagar o tributo, no montante que entende devido, mas, sim, a de obter moratória, por meio de parcelamento em 120 meses, é inviável a utilização da via consignatória, que não se presta à obtenção de provimento constitutivo, modificador de um dos elementos conformadores da obrigação (prazo). Precedentes: AgRg no Ag 724.727/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.05.2006, DJ 08.06.2006; REsp 750.593/RS, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 30.05.2006.

5. Firmou-se na 1ª Seção o entendimento no sentido de que a simples confissão de dívida, seguida de pedido de parcelamento, não caracteriza a denúncia espontânea prevista no art. 138 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 683453/RS, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 20.06.2005; REsp 724227/PR, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 20.06.2005.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (sem negrito no original)

(Primeira Turma, REsp 886.757/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, unânime, DJU de 26.3.2007)

Recurso especial. Ação de consignação em pagamento. Alegação de violação aos artigos 334 e 335, I do novo Código Civil; 535 e 890 do CPC e dissídio pretoriano. **Pretensão de depositar dinheiro no lugar de coisa devida: sacas de soja. Impossibilidade.** Recurso especial não provido.

1. Não há violação ao artigo 535, II do CPC quando o acórdão examinou as questões controvertidas na lide, expondo os fundamentos que o levaram às conclusões assumidas.

2. A consignação em pagamento visa exonerar o devedor de sua obrigação, mediante o depósito da quantia ou da coisa devida, e só poderá ter força de pagamento se concorrerem “em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento” (artigo 336 do NCC).

3. Celebrado contrato entre as partes para a entrega de 372 sacas de soja de 60kg, a US\$9,00 cada uma, sem estipulação de outra forma alternativa de cumprimento dessa obrigação, não é possível o uso da ação de consignação

em pagamento para depósito em dinheiro daquilo que o devedor entende devido.

4. A consignação exige que o depósito judicial compreenda o mesmo objeto que seria preciso prestar, para que o pagamento possa extinguir a obrigação, pois “o credor não é obrigado a receber a prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa” (art. 313 do NCC)

5. Recurso especial não-provido. (sem negritos no original)

(Quarta Turma, REsp 1.194.264/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, unânime, DJe de 4.3.2011)

Agravo regimental no recurso especial. Ação de consignação em pagamento improcedente. **Valor depositado insuficiente. Pagamento de dívida como terceiro interessado. Necessidade de depósito integral compreendendo prestação devida, juros, correção e eventuais despesas.**

1. “A teor da jurisprudência desta Corte, aliás, fundamentada no caráter *propter rem* das quotas condominiais, uma vez transferido o imóvel, a ação de cobrança dos encargos a ele correspondentes pode ser proposta tanto contra o proprietário como contra o promissário comprador, pois o interesse prevalente é o da coletividade de receber os recursos para pagamento de despesas indispensáveis e inadiáveis, podendo o credor escolher, entre aqueles que tenham uma relação jurídica vinculada ao imóvel, ou seja, a responsabilidade pelas quotas deve ser aferida de acordo com as circunstâncias do caso concreto”. (REsp n. 771.610/SP, relator Ministro Jorge Scartezini, 4ª Turma, unânime, DJ 13.3.2006)

2. **“A consignação em pagamento visa exonerar o devedor de sua obrigação, mediante o depósito da quantia ou da coisa devida, e só poderá ter força de pagamento se concorrerem ‘em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento’ (artigo 336 do NCC)”**. (REsp 1.194.264/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, unânime, DJe 4.3.2011)

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (sem negrito no original)

(Quarta Turma, AgRg no REsp 947.460/RS, minha relatoria, unânime, DJe de 10.4.2012)

Outra particularidade decisiva é a identificação da mora do credor.

O sistema jurídico brasileiro não prevê a simultaneidade de mora, podendo ela estar ausente ou presente em momentos disjuntos, conforme o momento e as atitudes das partes contratantes, porém nunca ao mesmo tempo ocorrendo em prejuízo do consignante e do consignado.

Andrea Zanetti e Fernanda Tartuce fazem as seguintes observações a respeito da questão:

Na mora accipidendi temos, portanto, os seguintes elementos: a oferta da prestação pelo devedor em tempo, modo e lugar ajustados e recusa injustificada do credor. A recusa injustificada, como anota Agostinho Alvim, é o momento em que se inicia a mora do credor e seus efeitos.

(...)

Já a qualidade de “injustificada” ou “desmotivada” que pauta a recusa considera: a) a ausência de amparo na lei; b) a ausência de fundamento no contrato; c) a falta de relação direta com a obrigação; d) a reação desproporcional e desarrazoada, considerando a extensão e efeitos do descumprimento do devedor; esta última hipótese foi construída em sede jurisprudencial.

(...)

O momento da caracterização da mora do credor é importante pelos efeitos que acarreta na relação obrigacional - sobretudo nos contratos. Assim temos: (a) a exclusão da mora do devedor, já que não há mora concomitante em nosso sistema; (b) a atenuação da responsabilidade do devedor, sendo os riscos da guarda e conservação da coisa atribuídos ao credor - salvo dolo do devedor; (...) (sem negrito no original)

“A demanda consignatória e a mora do credor: compreensão tradicional e avanços jurisprudenciais” in “25 anos do Código de Defesa do Consumidor: panorama atual e perspectivas futuras”, Angélica Arruda Alvim *et al.*, coord., GZ ed., Rio de Janeiro, 2017, pp. 600/601)

Assim também entende André Luís Monteiro:

Conforme já esclarecido no item precedente, o devedor detém o direito de se exonerar da obrigação por meio da consignação em pagamento, sendo certo que, na maioria dos casos, o exercício desse direito, como de qualquer outro direito, é uma faculdade, muitas vezes inspirada, como acontece nesse caso, pela cautela. E isso ocorre porque não há simultaneidade de moras, razão pela qual quando estiver caracterizada a mora do credor, inevitavelmente o devedor não estará em mora ou, ao menos, não estará mais em mora. Não havendo mora de sua parte, o devedor pode exercer ou não o direito de consignar, sem que a sua omissão possa lhe trazer qualquer prejuízo. É por isso que se diz, nesses casos, que se trata de faculdade. Conforme bem sintetiza Pontes de Miranda, “não há dever de consignar”.

“Ação de consignação em pagamento, depósito insuficiente e resultado do processo: uma reflexão a respeito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, Revista Forense, Forense ed., vol. 415, jan.-jun./2012, pp. 31/32)

V

Considero que a jurisprudência predominante do STJ, acerca da procedência parcial da ação em caso de depósito insuficiente, não é, data maxima vênia, compatível com o princípio de direito civil de que não há mora simultânea, e nem a com disciplina processual da ação consignatória, a qual determina, como pressuposto para o exame do mérito, o depósito inicial da integralidade da dívida vencida, com o fito de extinção da obrigação.

Os diversos julgados que representam o atual entendimento desta Corte, fundamento do voto do eminente relator, na prática, suprimem a hipótese legal de improcedência do feito, ao arrepio do art. 891 do CPC/1973.

Com efeito, não havendo depósito, a sentença será de extinção do processo sem exame do mérito (CPC 2015, art. 542, parágrafo único). Havendo depósito insuficiente, terá sido justa a recusa do credor, que não pode ser obrigado a receber em parte a prestação, se tal não foi convencionado, e, portanto, o resultado coerente com o ordenamento jurídico será a improcedência e não a procedência parcial do pedido.

A aceitação de qualquer depósito, de qualquer valor, como hipótese de procedência parcial do pedido, privaria de efeito a regra legal segundo a qual cessa para o devedor “tanto que se efetue o depósito, os juros e os riscos, salvo se for julgada improcedente” a consignação (CPC/73, art. 891, CPC/2015, art. 540); isso porque a ação seria sempre julgada parcialmente procedente, mesmo que manifestamente insuficiente o depósito para extinguir a obrigação, mesmo que justificada a recusa do credor, tendo o autor inadimplente dado causa ao ajuizamento da ação.

A interpretação corrente dos dispositivos legais em vigor é alvo de críticas pertinentes no estudo publicado por André Luís Monteiro, do qual extraio as seguintes passagens:

Neste singelo trabalho, cumpre analisar especialmente a defesa apresentada pelo credor fundada na insuficiência do depósito, cujo fundamento legal se encontra no art. 896, inc. IV, do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao art. 529, inc. IV, do Projeto de Novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal). O parágrafo único do referido dispositivo de lei atribui ao credor que baseia sua defesa na insuficiência do depósito o ônus de demonstrar qual o montante que entende devido, pois, segundo a dicção legal, “a alegação será admissível se o réu indicar o montante que entende devido”. Alegada a insuficiência do depósito pelo credor e demonstrado na contestação qual o valor correto, abrem-se duas principais

possibilidades ao devedor: (i) complementar o depósito até o montante demonstrado pelo credor na contestação ou (ii) insistir no valor consignado inicialmente.

A respeito da primeira hipótese, o art. 899 do diploma processual civil de 1973, com redação semelhante àquela prevista no art. 530 do PL n. 8.046/10, dispõe que “quando na contestação o réu alegar que o depósito não é integral, e lícito ao autor completá-lo, dentro em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação, cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato. A complementação do depósito por parte do devedor cria uma situação processual peculiar, pois é como se o autor reconhecesse o direito do réu - situação inversa ao mais conhecido “reconhecimento jurídico do pedido” (art. 269, inc. II), feito pelo réu em relação ao pedido do autor -, o que cria embaraços no resultado do processo. Afinal, nessa hipótese, a sentença deve ser de improcedência, de procedência ou terminativa?

Segundo Pontes de Miranda, nesse caso, “há elemento para a sentença do juiz favorável ao réu”. Adroaldo Furtado Fabrício, se referindo a um peculiar “reconhecimento da contestação”, considera que “a sentença é do gênero das tratadas no art. 269, mas em nenhum dos seus incisos o caso se pode enquadrar”. Já Alexandre Freitas Câmara defende que nesse caso “o juiz proferirá sentença, julgando procedente o pedido, para o fim de declarar que o depósito (com o complemento) pôs fim à relação obrigacional”. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já teve oportunidade de decidir, conforme consta do voto da Ministra Eliana Calmon, que “se o réu contesta a ação, alegando insuficiência do depósito, ao autor é facultado, no prazo de dez dias, complementar o depósito (art. 899, *caput*, do CPC). Nesta hipótese, a ação deve ser julgada improcedente”. A questão, como se vê, não comporta solução fácil.

Caso o devedor pretenda insistir no valor depositado inicialmente, o juiz deverá apurar, na instrução probatória, se a quantia consignada seria suficiente ao pagamento regular ou não e, a partir disso, decidir pela procedência ou improcedência do pedido consignatório. Destaque-se que, nesse último caso, conforme a dicção do § 2º do art. 899 do Código de Processo Civil de 1973, em redação semelhante a do Projeto de Novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal, “a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos”. O tema da insuficiência do depósito será mais bem examinado nos próximos itens, após o exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito.

(ob. cit, pp. 41/43)

Feito o histórico a que se referiu o autor, com análise da jurisprudência desta Corte que partilha do entendimento de que o depósito insuficiente conduz à improcedência dos pedidos na consignatória, julgados que serão transcritos adiante, prosseguiu ele desenvolvendo o tema:

No que diz respeito à sentença de improcedência, o ato decisório pode portar apenas conteúdo declaratório negativo, como ocorre com a normalidade das sentenças de improcedência, ou, no caso de discussão quanto à insuficiência do depósito, pode conter também conteúdo condenatório. Antonio Carlos Marcato, no que tange a esse último aspecto, adverte que “não se perca de vista, porém, a situação prevista no último parágrafo do art. 899 do CPC (condenação do autor ao pagamento da diferença do depósito), quando então a sentença também terá carga condenatória, tanto que valerá como título executivo-judicial (CPC, art. 584, inc. I). No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “há apenas uma hipótese em que a lei processual atribui à sentença proferida na ação de consignação força executiva: quando o Juiz conclui que o depósito é insuficiente, determinando a complementação, na forma do § 2º do art. 899 do Código de Processo Civil”.

(...)

4. Fundamentos pelos quais a insuficiência do depósito deve levar a improcedência do pedido na ação consignatória

4.1. O credor não é obrigado a receber em termos diversos do que foi contratado

Arruda Alvim leciona que “o que se vai discutir a respeito do que se vai decidir na consignação em pagamento, é se a recusa, por parte do credor, foi ou não justa”. O que importa, pois, na ação de consignação em pagamento é (i) verificar o acerto da conduta do credor em recusar o recebimento da prestação ou (ii) averiguar a eventual impossibilidade alegada pelo devedor de identificar o credor. No que tange à primeira hipótese, que é a pertinente na presente questão, pode-se dizer que saber se a recusa do credor em receber é justa ou injusta é questão que somente pode ser solucionada com olhos nas obrigações convencionadas pelas partes e, em algumas situações, nos deveres legalmente impostos. *Como a consignação em pagamento é modalidade de extinção das obrigações que equivale, por disposição de lei, ao pagamento, a recusa do credor que se avalia na consignação é a mesma que se avaliaria por ocasião do pagamento.*

Assim sendo, é preciso recorrer à basilar regra de direito civil no sentido de que o credor não é obrigado a receber em termos diversos do que foi contratado, ainda que a coisa oferecida ostente maior valor (objeto do pagamento), ainda que o lugar lhe pareça mais favorável (lugar do pagamento), ainda que se pretenda adiantar o termo para o cumprimento da obrigação (tempo do pagamento). O Código Civil de 2002 traz essa regra expressa no art. 313, segundo o qual “o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”. (...) É o chamado princípio da exatidão do dever de prestar, universalmente e desde sempre aceito no âmbito do Direito das Obrigações.

Especificamente no que tange às prestações de objeto divisível, como são as prestações pecuniárias, o art. 314 do Código Civil de 2002 mantém a mesma regra, razão pela qual “ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim

não se ajustou". (...) A esse respeito, Judith Martins-Costa é expressa ao ensinar que "o credor não está obrigado a receber uma prestação parcial, podendo exigir que o devedor cumpra por inteiro o que é devido".

Em perfeita consonância com a regulamentação legal do pagamento, a própria disciplina da consignação no estatuto civil brasileiro, como não poderia deixar de ser, possui regra expressa, no art. 336, segundo o qual "para que a consignação tenha força de pagamento, será mister concorrerem, em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quais não é válido o pagamento".

(...)

Em resumo, como o credor não é obrigado a receber em termos diversos do contratado e como a consignação equivale ao pagamento, a inferência lógica e tecnicamente correta, é que na consignação em pagamento o depósito deve ser feito no valor exato que serviria ao pronto pagamento, sob pena de legitimar a recusa do credor e caracterizar a mora do devedor. Pagamento parcial não é pagamento; depósito parcial na consignação não equivale a pagamento; nesses casos, a recusa do credor em receber é inteiramente correta e deve ser prestigiada pelo direito. Eventual decisão em sentido contrário viola direta e expressamente os arts 313, 314 e 336 do Código Civil de 2002, razão pela qual se torna possível o seu controle por meio de recurso especial.

(...)

Observe-se que quando o devedor está em mora, a conseqüência automática é a fluência dos juros moratórios, a incidência de correção monetária nos parâmetros legais, a aplicação das penas eventualmente convencionadas e a assunção dos riscos inerentes à coisa. Quando o devedor cumpre, integralmente, a obrigação contratada, cessam todos esses efeitos na data do pagamento, o que também acontece na consignação em pagamento a partir da data do depósito, desde que, ao final, o pedido seja julgado procedente. Nesse sentido, dispõe o art. 337 do Código Civil de 2002, segundo o qual "o depósito requerer-se-á no lugar do pagamento, cessando, tanto que se efetue, para o depositante, os juros da dívida e os riscos, salvo se for julgado improcedente". Da mesma forma, o Código de Processo Civil, em seu art. 891, prevê que "requerer-se-á a consignação no lugar do pagamento, cessando para o devedor, tanto que se efetue o depósito, os juros e os riscos, salvo se for julgada improcedente".

É importante ressaltar que na ação de consignação em pagamento fundada em dívida quanto ao quantum debeatur, o julgamento de improcedência do pedido faz com que todos os efeitos da mora se produzam em relação ao devedor, inclusive no que diz respeito à parcela consignada. Exatamente nesse sentido, Pontes de Miranda explica, com razão, que "se o devedor deposita parte e o credor recusa o depósito, não se dá mora do credor, e o devedor fica em mora pelo todo, inclusive quanto à parte depositada". Em conseqüência, nesses casos, reconhecida a insuficiência da quantia oferecida a depósito, a quitação integral somente será obtida quando o devedor (i)

efetuar o pagamento da parcela restante, (ii) efetuar o pagamento do valor relativo à correção monetária e aos juros moratórios da parcela restante, bem como (iii) efetuar o pagamento do valor relativo aos consectários legais da parcela consignada.

O depósito faz cessar para o devedor os efeitos da mora, inclusive a fluência de juros de mora, salvo se a demanda for julgada improcedente.

Sendo julgada improcedente em razão da insuficiência do depósito, são restaurados os efeitos da mora, inclusive no que diz respeito à parcela consignada, conforme a lição de Pontes de Miranda acima lembrada.

Sendo a conta de depósito sujeita à remuneração, naturalmente o complemento a ser exigido do devedor em função da fluência da mora haverá de ser, no tocante à parcela consignada, apenas eventual diferença entre os encargos da mora previstos no contrato e a remuneração creditada pelo estabelecimento onde feito o depósito, sob pena de enriquecimento ilícito do credor.

Prossigo com a transcrição do esclarecedor trabalho de André Luís Monteiro, no ponto em que analisa a distorção da regra do art. 891 do CPC/73 (correspondente ao art. 540 do CPC vigente):

Há enorme distorção dessa regra quando a sentença reconhece a insuficiência do depósito e, mesmo assim, julga parcial procedente o pedido do devedor, outorgando-lhe liberação parcial da dívida. A distorção ocorre, nesse caso, porque o devedor, apesar de não ter consignado o valor que serviria ao pronto pagamento, obtém a exclusão dos acréscimos legais em relação à parcela depositada em juízo. Isso equivale a conceder ao devedor um parcelamento da dívida, pois somente assim é que seria possível o pagamento em duas parcelas sem a fluência de juros moratórios e a incidência de correção monetária. Ocorre, porém, que esse parcelamento não foi ajustado entre as partes e, mais do que isso, a promessa de pagamento à vista ou no prazo acordado entre as partes pode ter sido justamente o fator determinante na celebração do contrato com este e não com qualquer outro devedor.

Dessa forma, salvo na hipótese de convenção das partes nesse sentido ou de mera liberalidade do credor, o parcelamento não pode ser imposto judicialmente. Em outras palavras, nem o devedor e nem o Estado-Juiz podem impor ao credor parcelamento não convenionado no contrato, o que configuraria, nesse último caso, indevida intervenção estatal na economia privada, passível de macular a atuação estatal de inconstitucionalidade. Isso porque a Constituição da República garante a liberdade das partes no *caput* do art. 5º do seu texto - o que, na seara contratual, vai se revelar na autonomia privada -, bem como garante a livre iniciativa dos particulares no *caput* do art. 170 e, ainda, proíbe a interferência direta do Estado na atividade econômica a não ser em hipóteses excepcionais previstas em lei, tal como consta do *caput* do art. 173.

Em suma, julgar procedente em parte o pedido na ação de consignação em pagamento em razão do depósito insuficiente significa impor ao credor parcelamento não convencionado entre as partes, o que tecnicamente nos parece bastante incorreto. Eventual decisão nesse sentido viola direta e expressamente o art. 337 do Código Civil de 2002 e o art. 891 do Código de Processo Civil, razão pela qual se torna possível o seu controle por meio de recurso especial. Além disso, o parcelamento imposto por decisão judicial importa em indevida interferência do Estado na economia dos contratos e inquina a decisão de manifesta inconstitucionalidade, passível de controle na via do recurso extraordinário por ofensa ao art. 5º, *caput*, ao art. 170, *caput*, e ao art. 173, *caput*, todos da Constituição da República.

Em seguida, André Luís Monteiro, invocando as lições de Sérgio Bermudes, Adroaldo Furtado Fabrício, Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talami e Antonio Carlos Marcato, trata da possibilidade de liberação parcial do autor, com o levantamento pelo credor da parte incontroversa consignada, esclarecendo porque tal circunstância não implica a procedência parcial do pedido:

4.3. A redação dos §§ 1º e 2º do art. 899 do Código de Processo Civil de 1973 não significa que o pedido do autor deva ser julgado parcialmente procedente no caso de insuficiência do depósito.

Conforme se observou das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, o entendimento segundo o qual a insuficiência do depósito levaria à prolação de sentença de parcial procedência está embasado, principalmente, na interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 899 do estatuto processual civil da década de 1970, acrescidos pela Lei n 8.951/94. O primeiro dispositivo dispõe que “alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida”, sendo certo que o segundo dispositivo prevê que “a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos”.

Partindo da letra da lei, em alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, se tem entendido que “a insuficiência do depósito autoriza a liberação parcial do devedor e permite ao credor levantar o numerário oferecido”, razão pela qual isso “transforma a ação consignatória na via mais adequada para a definição dos créditos”, bem como que “culmina por entregar ao credor um título executivo e permite que, sem novo processo, obtenha a sua execução”. Em conclusão, consoante consta nessas decisões, “a ação consignatória é em parte procedente, naquilo em que o depósito serviu para a liberação parcial do devedor, em parte improcedente, quanto ao débito que remanesce e ficou reconhecido na sentença”. Com o devido respeito às opiniões

em contrário, essa, além de tudo o quanto já se disse, não parece ser a melhor interpretação.

Segundo nos parece, quando o § 1º do art. 899 aduz que “poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor”, o dispositivo quer operar efeitos no plano material, no sentido de que aquele valor levantado, e somente e exatamente aquele valor levantado, não poderá ser posteriormente perseguido em execução pelo credor, sob pena de configuração de enriquecimento sem causa de sua parte. É óbvio que o levantamento da quantia depositada importa em quitação dentro do processo, mas isso em nada afeta a insuficiência do depósito, a justeza da recusa do credor e a impossibilidade de prolação de sentença que reconheça algum efeito de pagamento àquela quantia não integral anteriormente oferecida.

Em outras palavras, a liberação do devedor, de que fala o dispositivo, é apenas um limite a que em execução não se pretenda cobra-lá novamente. Essa liberação parcial, realizada dentro do processo, não transforma uma recusa justa em recusa injusta, razão pela qual não pode afetar o resultado do processo, cujo ponto nodal é justamente esse. Essa liberação parcial, realizada depois do surgimento da lide, não cria a inexistente figura da recusa parcialmente justa ou da recusa parcialmente injusta, conforme se teria de entender, por razões lógicas, caso se decidisse pela procedência parcial do pedido na ação consignatória. Enfim, o § 1º do art. 899 do diploma processual civil não autoriza o juiz a prolatar sentença de parcial procedência no caso de depósito insuficiente.

No que diz respeito ao § 2º do art. 899, segundo o qual “a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos”, também ele não serve de fundamento para justificar a procedência parcial do pedido na ação de consignação em pagamento diante de depósito insuficiente. O dispositivo apenas quer significar que, possível a identificação da quantia restante, o juiz deve determiná-la de maneira a permitir a execução do *decisum* nessa parte, sem que fosse necessário submeter a sentença à liquidação ou, pior ainda, sem que fosse necessário submeter o credor ao ônus de ingressar com nova ação, desta vez de conteúdo condenatório. Ressalte-se, ademais, que o julgamento de improcedência do pedido em nada obstará o reconhecimento do valor remanescente e a sua execução nos mesmos autos pelo credor.

Em razão do exposto, *consideramos que a insuficiência do depósito na ação de consignação em pagamento, mesmo após a edição da Lei n. 8.951/94, gera a improcedência do pedido, pois, no final das contas, significa o reconhecimento de que a recusa do credor em receber foi justa. E, conforme leciona Arruda Alvim, “se foi justa, e, conseqüentemente, se por esta razão não se puder falar em mora accipiendi deste (ou seja, o credor deixou de receber o que lhe foi ofertado, como pagamento, justificadamente ou com razão), disso se deve seguir que a ação de consignação*

em pagamento não deve prosperar. Observe-se, ademais, que o entendimento pela parcial procedência no caso de depósito insuficiente significa que nunca haverá prolação de sentença de improcedência na ação consignatória, pois o devedor sempre haverá de depositar algo, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito. Não nos parece ter sido essa a intenção do legislador ao reformar o diploma processual.

Tratando da matéria após a vigência da referida lei, Sérgio Bermudes, com inteira razão, leciona que “a sentença que concluir pela insuficiência do depósito, seja porque a quantia depositada ficou aquém da devida, seja porque a coisa oferecida não bastava para configurar a prestação, julgará improcedente o pedido, mesmo que o réu haja procedido ao levantamento previsto no § 1º. O autor continua esclarecendo que “a improcedência decorre do fato de que o pedido da consignatória é de extinção da obrigação, que não se pode considerar cumprida senão mediante a integral prestação correspondente”. Também assim, Adroaldo Furtado Fabrício, fazendo menção a especificação do valor da diferença na sentença, aduz que “estabelecendo-o ou não estará *ipso facto* condenando o autor da consignatória ao pagamento da diferença, além de proclamar a improcedência da consignatória”.

Adotando o mesmo entendimento, Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini lecionam que “concluindo-se que, efetivamente, o depósito foi insuficiente (ou seja, o réu tinha razão), a sentença não mais apenas julgará improcedente a consignação, mas, sempre que possível, determinará qual o montante devido, que valerá como título executivo, estando o réu autorizado, no mesmo processo, a executar a parcela não levantada, e reconhecida como devida na sentença”. E ainda nesse mesmo sentido, Antonio Carlos Marcato esclarece que “uma vez reconhecida judicialmente a sua não integralidade, estará demonstrada a correção da conduta do réu ao recusá-lo, nos moldes em que foi efetivado pelo autor, circunstância suficiente, por si só, para ensejar a rejeição do pedido consignatório”.

Diante do exposto, eventual decisão que, a pretexto de interpretar os §§ 1º e 2º do art. 899 do Código de Processo Civil de 1973, venha a entender que a insuficiência do depósito na ação de consignação em pagamento leva à parcial procedência do pedido, estará, na verdade, violando os mencionados dispositivos de lei, razão pela qual será possível o controle da decisão judicial por meio de recurso especial, bastando que se prequestionem as matérias nas instâncias ordinárias”.

(ob. cit. pp. 44/58)

No minucioso estudo transcrito foram mencionados precedentes do STJ, que corroboram com parte dos pontos versados, incluídos alguns dos a seguir citados:

Processual Civil. Ação de consignação em pagamento. Contestação intempestiva. Efeitos da revelia não incidentes. Art. 897, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 8.951/94. Relativização dos efeitos da revelia. Consignatória improcedente. Conversão em renda em favor do consignado. Art. (...)

899, § 1º, do CPC. Manutenção do aresto recorrido.

2. *“Na ação de consignação em pagamento, quando decretada a revelia, não será compulsória a procedência do pedido se os elementos probatórios constantes nos autos conduzirem à conclusão diversa ou não forem suficientes para formar o convencimento do juiz (...).”* (REsp 769.468/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 06/03/2006 p. 386)

3. A reforma do Código de Processo Civil engendrada em 1994 introduziu o § 1º no art. 899, possibilitando o levantamento, pelo consignado, das quantias depositadas, quando alegada em contestação a insuficiência do depósito. Trata-se de faculdade do credor, independentemente de concordância por parte do consignante.

4. **“A lei inovou corajosamente na disciplina da ação de consignação em pagamento, também para autorizar ao réu o levantamento imediato do valor depositado. Diz que o processo prosseguirá ‘quanto à parcela controvertida’, o que significa que prosseguirá para converter em integral essa parcial exoneração obtida pelo autor quando feito o levantamento (art. 899, § 1º) ou para condená-lo a pagar a diferença que houver. Essa valiosíssima inovação inclui-se no contexto de um processo que não é mais encarado unilateralmente como arma de um dos litigantes contra o outro, mas como instrumento para dar tutela a quem tiver direito. Se o réu-credor nada alega além de insuficiência do crédito, a única divergência possível entre ele e o autor é sobre se o crédito se reduz àquilo que foi depositado ou se é maior. No mínimo, ele terá direito ao valor do depósito. (Cândido Rangel Dinamarco, in “A Reforma do Código de Processo Civil”. São Paulo, Malheiros, 5ª ed., p. 275/276).**

5. Revela-se ilícito ao devedor valer-se de consignação em pagamento, ação de efeitos meramente declaratórios, após reconhecida a improcedência do pedido pretender levantar a quantia que ele próprio afirmara dever.

6. Julgado improcedente o pedido consignatório, convertida em favor do demandado a quantia incontroversa, a quitação parcial produzirá os seus efeitos no plano do direito material, e, sob o ângulo processual, impedirá a repositura pelo todo, admitindo a acionabilidade pelo resíduo não convertido.

7. Raciocínio inverso infirmaria a *ratio essendi* do § 1º do art. 899 do CPC, fundado em razão de Justiça, equidade e economia processual, no sentido de que visa preservar o direito daquele que realmente o possui. (Precedentes: REsp 472.389/MG, Rel. Ministro Castro Meira, DJ de

01/04/2008; REsp 886.823/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, DJ de 25/06/2007; REsp 568.552/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 28/03/2005; REsp 515.976/GO, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 17/12/2004; REsp 659.779/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27/09/2004; REsp 90.166/RS, Rel. Ministro. Francisco Peçanha Martins, DJ de 18/11/1996; REsp 27.949/RJ, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, DJ de 16/10/1995).

8. Recurso especial desprovido. (sem negrito no original)

(Primeira Turma, REsp 984.897/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, unânime, DJe de 2.12.2009)

Processo Civil. SFH. Consignatória em pagamento. Insuficiência do depósito. Improcedência da ação.

I - A ação consignatória em pagamento é manejada pelo devedor buscando obter um pronunciamento, ao final do processo, no sentido de que a dívida em discussão está quitada. O sujeito passivo da obrigação propõe essa ação quando em um dado momento da execução do contrato diverge do credor acerca do *quantum* da prestação devida, recusando-se este a receber o que o devedor entende devido como quitação total.

II - Com as inovações introduzidas na legislação processual, no âmbito do procedimento da consignatória, passou-se a permitir que o credor levante a parcela incontroversa da dívida, devendo a sentença que concluir pela insuficiência do depósito fixar, quando possível, o montante devido, valendo como título executivo (art. 899, §§ 1º e 2º, do CPC).

III - Cria-se uma imprecisão técnica proferir uma decisão, a pretexto de se aplicarem as novidades citadas, julgando procedente em parte o pedido da consignatória e ao mesmo tempo declarando insatisfatório o depósito efetuado pelo autor, porquanto o propósito dessa espécie de demanda é justamente a quitação total da prestação.

IV - Não demonstrada a suficiência do depósito efetuado pelo autor na ação consignatória em pagamento, imperioso é o julgamento improcedente do pedido. Precedente: REsp n. 389.308/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 12/05/03.

V - Tal posição não gera nenhuma incongruência com os novos parágrafos do art. 899 do CPC, haja vista que, entendendo pela insuficiência do depósito, o juiz deve julgar improcedente o pleito, não havendo óbice para que também reconheça a quitação parcial da dívida e, ainda, fixe o montante devido, que servirá de título executivo para o credor.

VI - Recurso especial provido. (sem negrito no original)

(Primeira Turma, REsp 674.973/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, unânime, DJU de 19.12.2005)

Ação de consignação em pagamento. Insuficiência do depósito. Julgamento de improcedência. Art. 899, § 2º, do Código de Processo Civil.

1. Comprovado pelo Juiz que os depósitos feitos foram insuficientes, ainda que considerados os cálculos apresentados pelos próprios autores, o resultado é de improcedência da consignatória, não havendo motivo algum para determinar a aplicação do art. 899, § 2º, do Código de Processo Civil, levando-se em conta ser do interesse do credor a identificação do montante devido para fins de execução nos mesmos autos.

2. Recurso especial conhecido e provido. (sem negrito no original)

(Terceira Turma, REsp 598.617/MS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJU de 26.9.2005)

Processo Civil. Ação consignatória. Sistema Financeiro de Habitação. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC. Insuficiência do depósito. Improcedência da ação. Infringência ao art. 21 do CPC.

1. Se o Tribunal partiu da premissa de que havia controvérsia quanto ao critério de reajuste, pois da contestação concluiu que o agente financeiro estava aplicando o BTN, descabia apreciar tese em torno do art. 2º da Lei 8.100/90, no sentido de que o mutuário deveria comprovar seus rendimentos junto ao agente financeiro e não o fez.

2. Examinada a tese da sucumbência, inexistente omissão quanto ao art. 21 do CPC.

3. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC.

4. Se comprovada a insuficiência do depósito, a ação deve ser julgada improcedente e o ônus da sucumbência imputado ao autor.

5. Recurso especial provido em parte. (sem negrito no original)

(Segunda Turma, REsp 389.308/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, unânime, DJU de 12.5.2003)

Considero, portanto, que quando, como no caso dos autos, o depósito não foi integral, a solução imposta pelo ordenamento jurídico - Código Civil e Código de Processo Civil - é o julgamento de improcedência do pedido consignatório, como corretamente decidido pelo TJDFT.

VI

Caso superado, todavia, o entendimento do acórdão distrital, que confirmou a sentença de improcedência do pedido deduzido na consignatória, ainda que se persista na compreensão de que a oferta de valor insuficiente possibilita a

procedência parcial da consignatória, tenho que a ausência do requisito essencial da *mora accipiendi* - pela inexistência de depósito do valor devido, e, portanto, a consequente legalidade da recusa do credor - implica devam ser carreados com exclusividade ao autor os consectários da sucumbência em virtude do *princípio da causalidade*.

Tal entendimento tem por base a jurisprudência desta Corte, segundo a qual a responsabilidade pelo pagamento de honorários e custas deve ser fixada com base na sucumbência e no princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes. Confram-se os seguintes exemplos:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil. Juros. Rubrica acessória. Prescrição. Incidência do prazo da obrigação principal. Fixação dos honorários. Sucumbência e princípio da causalidade. Modificação. Decorrência lógica do julgado. Ofensa à coisa julgada. Não ocorrência. Agravo desprovido.

(...)

2. A responsabilidade pelo pagamento de honorários e custas deve ser fixada com base na sucumbência e no princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Quarta Turma, AgRg no AREsp 38.930/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 30.3.2015)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. 1. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. 2. Afronta aos arts. 20 e 26 do Código de Processo Civil não verificada. Conclusão do Tribunal de origem de que a agravante deu causa à instauração da ação, em que pese a desistência do feito pelo agravado/autor. Princípio da causalidade. Precedentes. Inversão do julgado. Óbice da Súmula 7/STJ. 3. Recurso improvido.

(...)

2. "No processo civil, para se aferir qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e custas processuais, deve-se atentar não somente à sucumbência, mas também ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes" (REsp n. 1.223.332/SP, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 15/8/2014). Na espécie, entendeu a Corte de origem, motivadamente e após minuciosa análise do caso concreto e das provas contidas nos autos, que a

agravante foi quem deu causa à propositura da demanda, o que atrai o princípio da causalidade e impõe a ela o dever de arcar com as despesas do processo e com os honorários advocatícios. Ademais, inverter a conclusão fática alcançada pelo Tribunal de origem no sentido de que a agravante provocou o ajuizamento da ação encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Terceira Turma, AgRg no AREsp 604.325/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 25.2.2015)

Esse princípio inspirou o entendimento compendiado no enunciado 303 da Súmula deste Tribunal: “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.”

Com efeito, no caso em apreciação, foi julgada improcedente a pretensão, deduzida na ação revisional, de alterar as cláusulas do contrato bancário para limitar os juros remuneratórios em 12% ao ano, dentre outras alterações pretendidas pelo autor. Nenhuma ilegalidade foi encontrada nos encargos cobrados na fase de normalidade contratual. O valor da prestação ajustada no contrato de mútuo não foi alterado. A procedência parcial da ação revisional deu-se apenas para afastar a possibilidade de cumulação de comissão de permanência com juros e multa contratual na fase de inadimplência.

O depósito parcial não foi hábil, portanto, à quitação da dívida, o que levou à sentença de improcedência da consignatória.

Na hipótese dos autos, sequer se poderia alegar que a sentença de parcial procedência da ação revisional tivesse levado à descaracterização da mora, pois, nos termos da Orientação 2 firmada no julgamento do REsp 1.061.530/RS, relatora Ministra Nancy Andrichi, “não descarateriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.”

Tem-se, portanto, que o autor, formulando pretensão revisional improcedente, postergou o adimplemento da obrigação, valendo-se da ação consignatória para impor, injustamente, ao credor o recebimento parcial da prestação devida, cabendo-lhe, portanto, responder pelos ônus da sucumbência, em face do princípio da causalidade.

VII

Em face do exposto, com a máxima vênia, proponho, para os efeitos dos arts. 927 e 1.036 a 1.041 do CPC, a fixação da seguinte tese, com a redação sugerida pela Ministra Nancy Andrichi:

“Em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional”.

Em relação ao caso concreto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andriahi: Cuida-se de recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos cuja controvérsia afetada diz respeito aos “efeitos da insuficiência do depósito ofertado em ação de consignação em pagamento”.

Voto do e. Min. Relator: propõe a tese de que, “na ação de consignação em pagamento, a insuficiência do depósito não conduz à improcedência do pedido, mas sim à extinção parcial da obrigação até o montante da importância consignada, acarretando o reconhecimento da sucumbência recíproca, devendo a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinar, sempre que possível, o montante devido que valerá como título executivo, ainda que para tanto seja necessária a revisão de cláusulas contratuais”.

Voto divergente proferido pela e. Min. Maria Isabel Gallotti: propõe a tese de que “somente o depósito integral da dívida vencida conduz à procedência do pedido em ação de consignação em pagamento. O depósito insuficiente justifica a recusa do credor, ensejando a improcedência do pedido consignatório. Quando levantado pelo credor, produz o efeito material de liberação parcial do devedor, impedindo a execução pelo todo”.

Pedi vista dos autos para melhor exame da questão controvertida.

Revisados os fatos, decide-se.

A razão da existência da ação de consignação em pagamento no ordenamento jurídico é conferir ao devedor um instrumento que lhe permita alcançar, pela via judicial, a *liberação de um vínculo obrigacional* em face de alguma situação a ele não imputável, tal como a recusa injustificada do credor em receber o pagamento devido.

A finalidade precípua da consignatória não é discutir o valor de alguma dívida – embora tal questão possa surgir no curso da ação –, mas sim a viabilidade do *desfazimento da relação jurídica* de direito material, com a consequente exoneração do devedor da obrigação contratada.

Trata-se de modalidade de *extinção das obrigações* mediante pagamento indireto, definida nos seguintes termos pelo saudoso Min. Teori Zavascki:

O depósito em consignação é modo de extinção da obrigação, com força de pagamento, e a correspondente ação consignatória tem por finalidade ver atendido o direito – material – do devedor de liberar-se da obrigação e de obter quitação. Trata-se de ação eminentemente declaratória: declara-se que o depósito oferecido liberou o autor da respectiva obrigação. (REsp 505.460/RS, 1ª Turma, DJ 10/05/2004)

Há duas soluções passíveis de serem conferidas à ação de consignação em pagamento: (i) o juiz reconhece, em sentença, que o depósito efetivado pelo devedor se afigura suficiente para obter a pretensão objetivada – exoneração da obrigação – e julga procedente o pedido; ou (ii) como decorrência lógica da insuficiência do depósito, reconhece em sentença que o vínculo obrigacional permanece existente e, assim, julga improcedente o pedido liberatório.

O fato de o devedor estar dispensado de pagar ao credor a quantia depositada (art. 899, § 1º, do CPC/73) não significa que a consignação de parte da dívida deva resultar na procedência parcial do pedido, pois, como visto, o objeto da ação é a extinção da obrigação – o desfazimento do vínculo entre as partes –, situação que somente é alcançada com a liquidação integral do débito.

Vale destacar que o credor não é obrigado a aceitar o pagamento em termos diversos daqueles originalmente pactuados (arts. 313 e 314 do CC/02), de modo que, na hipótese de ser-lhe oferecido valor que não corresponda ao montante integral do crédito, a sua *recusa ao recebimento é justa*.

E, reconhecida a justiça da recusa, a consignatória ajuizada sob esse fundamento não atende ao requisito legal expressamente exigido para a hipótese – que tenha havido recusa sem justa causa (art. 335, I, do CC/02) –, o que conduz, inexoravelmente, ao *julgamento de improcedência* do pedido liberatório.

Conforme lição de ANTONIO CARLOS MARCATO, “caso reconhecida judicialmente, no final, a não integralidade do depósito, estará demonstrada a correção da conduta do réu ao recusá-lo nos moldes em que foi efetivado pelo autor, circunstância suficiente, por si só, para ensejar a rejeição do pedido consignatório” (*Procedimentos Especiais*, 16ª ed., p. 100).

Não se pode falar, portanto, também sob esse vértice, que o depósito a menor resulte na procedência parcial da pretensão deduzida, pois a consequência prevista no ordenamento jurídico para o caso de o autor da ação não comprovar

o fato constitutivo do direito alegado (na espécie, a recusa injustificada) é o julgamento em favor da parte adversa.

Por derradeiro, cumpre consignar que, na hipótese de esta 2ª Seção superar o posicionamento aqui defendido, deixo registrado que acompanho a divergência no que concerne à sujeição exclusiva do devedor ao pagamento dos honorários advocatícios e das custas processuais.

Isso porque, mesmo que se entenda que o depósito insuficiente enseja a procedência parcial do pedido consignatório, não se pode olvidar que a atitude do credor que se recusa a receber o pagamento de forma diversa da contratada é legítima, revelando que a ele não se pode imputar a causa do ajuizamento da ação.

À vista do princípio da causalidade, portanto, deve o autor suportar os ônus decorrentes da sucumbência.

Forte nessas razões, rogando vênias ao e. Min. Relator, acompanho as conclusões alcançadas pela e. Min. Maria Isabel Gallotti em seu voto divergente.

Proponho, todavia, que a tese seja fixada nos seguintes termos:

Em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional.

No que concerne à hipótese concreta, ***nego provimento*** ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.312.736-RS (2012/0064796-6)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Fundação Banrisul de Seguridade Social

Advogado: Guilherme de Castro Barcellos - RS056630

Recorrido: Francisca Emilia Bertei Panziera

Advogados: Rogerio Calafati Moyses - RS031295

Rafael Covolo - RS083704

Interes.: Superintendência Nacional de Previdência Complementar
PREVIC - "Amicus Curiae"

Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF - PR000000F

Interes.: Associação Nacional dos Participantes de Fundos de Pensão -
“Amicus Curiae”

Advogados: Ricardo Barros Cantalice e outro(s) - RS049579

Ricardo Guimarães Só de Castro e outro(s) - RS038465

Lucas Abal Dias e outro(s) - RS091098

Elizabeth Tostes Peixoto - DF007311

Interes.: ABRAPP Associação Brasileira das Entidades Fechadas de
Previdência Complementar - “Amicus Curiae”

Advogada: Lara Corrêa Sabino Bresciani e outro(s) - DF024162

Interes.: Associação dos Fundos de Pensão e Patrocinadores do Setor
Privado - “Amicus Curiae”

Advogado: Renato Tadeu Rondina Mandaliti - SP115762

Interes.: Sindicato dos Assal. Ativos, Apos. e Pens. nas Empr. Gerad., ou
Transm., ou Distr., ou Afins Ener. Eletr. no RS. e Assit. Fun -
“Amicus Curiae”

Advogados: Gustavo Teixeira Ramos e outro(s) - DF017725

Adovaldo Dias de Medeiros Filho e outro(s) - DF026889

EMENTA

Recurso especial repetitivo. Direito Civil. Previdência privada. Verbas remuneratórias (horas extraordinárias). Reconhecimento pela Justiça Trabalhista. Inclusão nos cálculos de proventos de complementação de aposentadoria. Impossibilidade. Ausência de prévio custeio. Modulação de efeitos da decisão. Possibilidade de recálculo do benefício em ações já ajuizadas. Caso concreto. Recurso especial parcialmente provido.

1. Teses definidas para os fins do art. 1.036 do CPC/2015

a) “A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela

Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.”

b) “Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho.”

c) “Modulação dos efeitos da decisão (art. 927, § 3º, do CPC/2005): nas demandas ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento – se ainda for útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa –, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso.”

d) “Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa da entidade fechada de previdência complementar.”

2. Caso concreto

a) Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido pronuncia-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo.

b) O acórdão recorrido, ao reconhecer o direito da parte autora à inclusão no seu benefício do reflexo das verbas reconhecidas pela Justiça do Trabalho, sem o aporte correspondente, dissentiu, em parte, da orientação ora firmada.

3. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Villas Bôas Cueva acompanhando o Sr. Ministro Relator e sugerindo ajustes nas teses repetitivas propostas, a Seção, por unanimidade, no caso concreto, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 1.040 do CPC de 2015, foram fixadas as seguintes teses repetitivas:

I - A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria;

II - Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho;

III - Modulação de efeitos (art. 927, § 3º, do CPC/2015): para as demandas ajuizadas na Justiça Comum até a data do presente julgamento, e ainda sendo útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso;

IV - Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa do ente fechado de previdência complementar. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (voto-vista), Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Nancy

Andrighi, Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Consignado o pedido de preferência pelo *amicus curiae*, Abrapp - Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, representada pelo Dr. Adacir Reis.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 16.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do TJRS assim ementado (e-STJ fl. 247):

Apelação cível. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Horas extras reconhecidas pela Justiça do Trabalho. Fundação Banrisul.

1. Inépcia da inicial. A petição inicial atende aos requisitos elencados no art. 282 do CPC. Não há que se confundir a necessidade de indicação dos fundamentos jurídicos com a dos fundamentos legais, que é dispensável. Na petição inicial resta claramente identificado o pedido e a causa de pedir.

2. Ilegitimidade ativa. A ré é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, pois a relação contratual foi estabelecida entre ela e a autora.

3. Litisconsórcio passivo. Descabida formação de litisconsórcio passivo entre a demandada e o Banrisul, visto que a relação jurídica em debate diz respeito a benefício previdenciário de natureza complementar, não estando em liça relação obrigacional pela qual deva responder a instituição financeira.

4. Perícia atuarial. A prova atuarial postulada pela ré é desnecessária, pois a matéria controvertida é exclusivamente de direito e seu julgamento implica a interpretação de dispositivos regulamentares, havendo elementos suficientes para formação da convicção para o julgamento.

5. Mérito. Deve ser reconhecido o direito da parte autora de incluir no seu benefício as parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista, tais como as horas extras e seus reflexos, pois aquelas integram a remuneração da parte e têm repercussão financeira no benefício previdenciário devido. Precedentes.

6. Não pode a instituição de previdência privada utilizar o argumento de ausência de fonte de custeio para se esquivar de sua obrigação, cabendo-lhe planejar os descontos e os índices de contribuição.

7. Sendo restituídos os valores dos benefícios devidos, cabível o desconto, mês a mês, das parcelas correspondentes à dedução do imposto de renda, bem como das contribuições previdenciárias.

Rejeitadas as preliminares contrarrecursais, deram provimento ao apelo, por maioria.

Na origem, *Francisca Emilia Bertei Panziera*, ora recorrida, ajuizou ação “revisional de complementação de aposentadoria e cobrança de diferenças”, pelo rito ordinário, contra a *Fundação Banrisul de Seguridade Social*, aduzindo que, no ano de 1976, aderiu ao plano de previdência complementar da recorrente, então disciplinado pelo regulamento de 1964.

Segundo afirmou, de acordo com o regulamento ao qual aderiu, o valor do benefício mensal de suplementação de aposentadoria deveria ser calculado a partir da média aritmética simples dos salários de participação do associado, referentes ao período abrangido pelos 12 (doze) últimos meses anteriores ao ato da concessão do benefício.

Argumentou que, muito embora a entidade demandada tivesse inicialmente calculado o benefício suplementar em conformidade com o regulamento, “uma circunstância superveniente e vital para cômputo do SRB - Salário-Real-de-Benefício relativo ao período compreendido pelos 12 (doze) últimos meses anteriores à concessão acabou por modificar a base de cálculo dos valores a serem pagos pela demandada, em consonância com o artigo 16 do Regulamento de Benefícios, qual seja, o trânsito em julgado da reclamatória trabalhista ajuizada pela autora contra seu ex-empregador, posteriormente a sua aposentadoria” (e-STJ fl. 3).

Acostou à inicial cópia de acórdão proferido pelo TRT da 4ª Região que, na reclamatória trabalhista por ela ajuizada contra o *Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A.* (patrocinador), reconheceu o direito da autora à percepção de diferenças salariais, por causa do não pagamento de trabalho extraordinário realizado de forma habitual, bem como dos “reflexos das horas extras no prêmio aposentadoria deferido” (e-STJ fl. 74).

Defendeu que, considerando que as horas extras habituais constituem verba remuneratória, “diante desse novo quadro, a partir do trânsito em julgado da reclamatória trabalhista, consoante faz prova todas as peças oriundas daquele

feito, floresceu para a autora o direito formativo de revisar a sua complementação de aposentadoria, diante daquilo que lhe é assegurado pelo próprio regulamento a que está sujeito” (e-STJ fl. 5).

Formulou o pedido nos seguintes termos (e-STJ fls. 14/15):

Ante o exposto, com respeito, requer o recebimento da presente ação, para o fim de:

a) determinar a citação da *Fundação Banrisul de Seguridade Social*, na pessoa de seu representante legal, para, querendo, contestá-la, sob pena de revelia;

b) ao final julgar *totalmente procedente* a presente ação ordinária de cobrança, para:

b.1) determinar a revisão da complementação de aposentadoria da autora pela inclusão das diferenças salariais a serem apuradas em sede de liquidação de sentença;

b.2) condenar a ré ao pagamento das diferenças existentes, considerando o prazo prescricional aplicável a presente lide, em parcelas vencidas e vincendas, mais juros à razão de 1% ao mês, por se tratar de dívida de natureza alimentar e correção monetária desde quando as parcelas se tornaram devidas;

c) condenar a requerida ao pagamento de custas e honorários advocatícios;

d) facultar a produção de todo gênero de prova em direito admitido.

Citada, a ré ofereceu contestação, por meio da qual apontou preliminares de inépcia da inicial, ilegitimidade passiva e litisconsórcio passivo necessário. No mérito, defendeu a impossibilidade de incorporação de verba trabalhista na complementação de aposentadoria, em face da legislação vigente e do regulamento aplicável (e-STJ fls. 89/108).

O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição, diante da ausência de base legal ou contratual para o pretendido recálculo do salário real de benefício (e-STJ fls. 194/198).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação, refutando os fundamentos da sentença e reiterando os argumentos apresentados na inicial (e-STJ 201/210).

Em acórdão proferido por maioria, o TJRS deu provimento ao apelo da ora recorrida para (e-STJ fls. 265/267):

a) condenar a ré a revisar o benefício previdenciário complementar da autora, com a integração das parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista n. 00585-2008-801-04-00-3;

b) condenar a ré a pagar as diferenças a este título, corrigidas pelo IGP-M desde o vencimento de cada parcela do benefício reconhecido como devido, acrescidas de juros moratórios, a partir da citação, observada a prescrição quinquenal, nos termos da Súmula n. 291 do STJ;

c) autorizar os descontos fiscais e previdenciários sobre os valores a serem pagos, na forma da lei e dos Estatutos, incidentes sobre os valores dos benefícios devidos, considerados mês a mês e sobre a parcela correspondente, observando-se a base de cálculo e a alíquota incidente na época em que devidos; e

d) condenar a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da autora, fixados em 15% sobre o valor da condenação, a teor do que estabelece o art. 20, § 3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do CPC, observada a Súmula n. 111 do e. Superior Tribunal de Justiça.

No voto divergente, o Desembargador Revisor entendeu pela necessidade de “ser observada a compensação entre a quantia que deveria ter sido paga pelo associado, a título de salário de contribuição sobre as parcelas que lhe foram reconhecidas e aquela que deverá ser incorporada à complementação de sua aposentadoria” (e-STJ fl. 268).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 278/284).

Nas razões recursais (e-STJ fls. 290/306), fundadas no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, *Fundação Banrisul de Seguridade Social* aponta divergência jurisprudencial e ofensa aos seguintes dispositivos legais, sob as respectivas teses:

(i) art. 535, II, do CPC/1973, argumentando (a) faltar indicação, pelo Tribunal local, da “fonte legal” que o levou ao convencimento de que, “muito embora o Regulamento não faça referência expressa às horas extras, não se pode olvidar que estas possuem caráter essencialmente remuneratório, pois correspondem à contraprestação por trabalho prestado, excedente à jornada diária normal, integrando parte do salário. Assim, este acréscimo na remuneração reconhecido pela Justiça do Trabalho não pode ser sonegado no âmbito previdenciário, pois houve alteração na base de cálculo do benefício a ser satisfeito” (e-STJ fls. 298/299) e (b) haver necessidade de manifestação a respeito do disposto nos arts. 27 e 28 do Regulamento do Plano de Benefícios e nos arts. 17 e 21 da LC n. 109/2001 e 6º da LC n. 108/2001, e

(ii) arts. 1º, 18, *caput* e § 3º, e 19 da LC n. 109/2001, sustentando a impossibilidade de inclusão das horas extras habituais no benefício de previdência privada, diante da falta de fonte de custeio e da necessidade de atenção ao princípio do equilíbrio atuarial.

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 317/352).

Juízo positivo de admissibilidade na origem (e-STJ fls. 354/356).

Em virtude da multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, qual seja, *a inclusão, nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria, das horas extraordinárias habituais, incorporadas ao salário do participante de plano de previdência privada por decisão da Justiça trabalhista*, por meio da decisão monocrática de fls. 371/372 (e-STJ), afetei a presente insurgência a julgamento da Segunda Seção, pela sistemática dos recursos especiais repetitivos, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015, oportunidade na qual determinei: (a) a suspensão, em âmbito nacional, do processamento de todas as ações pendentes, individuais ou coletivas, que versem sobre a questão afetada (art. 1.037, II, do CPC/2015), (b) a expedição de ofícios aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, comunicando a instauração deste procedimento e facultando-lhes prestar informações em 15 (quinze) dias (art. 1.038, III, § 1º, CPC/2015), (c) a comunicação, ao Ministro Presidente e aos demais integrantes da egrégia Segunda Seção do STJ, e (d) a cientificação da *Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC*, da *Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP* e da *Associação Nacional dos Participantes de Fundos de Pensão – ANAPAR*, sendo-lhes facultado apresentar manifestação no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.038, I, do CPC/2015 c/c art. 3º, I, da Resolução STJ n. 8/2008).

Foram indeferidos os pedidos de ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, formulados pela *FENASPE – Federação Nacional das Associações de Aposentados, Pensionistas e Anistiados do Sistema Petrobrás e Petros*, pelo *Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão do Rio Grande do Sul*, por *Arielze Guimarães de Moura*, pela *Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC* e pelo *Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília* (e-STJ fls. 808/809, 810/811, 1.231/1.232, 1.466/1.467, 1.474/1.475).

Foram deferidos os pleitos de igual natureza formulados pela *Associação dos Fundos de Pensão de Empresas Privadas* e pelo *Sindicato dos Assalariados Ativos, Aposentados e Pensionistas nas Empresas Geradoras ou Transmissoras ou Distribuidoras ou Afins de Energia Elétrica do Estado do Rio Grande do Sul e Assistidos por Fundações de Seguridade Privada originadas no Setor Elétrico – SENERGISUL* (e-STJ fls. 1.233/1.234 e 1.396/1.397).

Não se conheceu dos agravos internos interpostos pelo *Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão do Rio Grande do Sul*, pelo *Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília* e pela *Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC* (e-STJ fls. 1.476 e 1.508/1.509).

Manifestação da PREVIC às fls. 384/413 (e-STJ), da ABRAPP às fls. 766/805 (e-STJ), da ANAPAR às fls. 861/875 (e-STJ) e da APEP às fls. 1.407/1.447 (e-STJ).

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo desprovimento do recurso especial, nos termos da ementa a seguir (e-STJ fl. 1.451):

Recurso especial representativo da controvérsia.

Previdência privada. Horas extras reconhecidas pela Justiça do Trabalho. Possibilidade de revisão do benefício da aposentadoria. Precedentes dessa Corte Superior de Justiça. Entidade de previdência privada que não pode alegar ausência de fonte de custeio para eximir-se da obrigação. Possibilidade apenas de compensar as diferenças entre o custeio do participante e do valor do benefício.

Manifestação pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Trata-se de recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 do CPC/2015 (Tema n. 955).

A questão controvertida consiste em definir se é possível incluir, nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade fechada de previdência privada, as horas extraordinárias habituais incorporadas por decisão da Justiça trabalhista à remuneração do participante de plano de previdência complementar.

A matéria em análise foi objeto de exame pelas duas Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal.

No julgamento do REsp n. 1.525.732/RS (Relator Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, julgado em 6/10/2015, DJe 16/10/2015), a Terceira Turma entendeu que, em regra, “as horas extraordinárias não integram o cálculo da complementação de aposentadoria, à exceção daquelas pagas durante o contrato

de trabalho e que compuseram a base de cálculo das contribuições do empregado à entidade de previdência privada, segundo norma do próprio plano de custeio”.

Naquele caso, o órgão julgador concluiu que o regulamento do plano de benefícios da entidade ré assegurava “a integração das horas extras na suplementação de aposentadoria de forma proporcional ao tempo de filiação à própria entidade”, pois, “apesar de não constar na norma estatutária o adicional de horas extras como integrante da base de incidência da contribuição do participante, tal verba tem natureza salarial e faz parte da remuneração do trabalhador, tanto que não foi excluída expressamente no § 1º do art. 21 do Regulamento do Plano de Benefícios n. 1”. Salientou ainda que o sítio eletrônico da então demandada, “quando tece considerações sobre o Plano 1 de Benefícios, informa que o Salário de Participação constitui a base de cálculo das contribuições e tem relação direta com a remuneração recebida mensalmente pelo participante, abrangendo, entre outras verbas, as horas extras (habituais ou não)”.

Diante da peculiaridade daquela demanda, a Turma concluiu que, “como o valor das horas extras compõe a base mensal de cálculo da contribuição do participante à entidade de previdência privada, deve ser utilizado também, na devida proporção, para fins de recebimento do benefício previdenciário complementar, consoante a equação matemática prevista no regulamento”.

Ressalvou, no entanto, que “deverá ser aferido, em liquidação de sentença, o montante de custeio que o trabalhador deveria contribuir se o empregador tivesse pagado corretamente as horas extras à época, devendo eventual diferença ser compensada com os valores a que faz jus o participante em virtude da integração da referida verba remuneratória no cálculo do benefício suplementar. Isso em observância aos princípios da fonte de custeio e do equilíbrio econômico-atuarial do fundo previdenciário”. Asseverou que, havendo “apenas a contribuição do trabalhador, deve ser reduzido pela metade o resultado da integração do adicional de horas extras na suplementação de aposentadoria”, e que “deve ser facultado, contudo, ao autor verter as parcelas de custeio de responsabilidade do patrocinador, se pagas a menor, para poder receber o benefício integral, visto que não poderia demandá-lo na presente causa em virtude de sua ilegitimidade passiva *ad causam*”.

Salientou, por fim, “o direito de ressarcimento do autor no tocante às despesas com a cota patronal a ser buscado contra o empregador”.

Eis a ementa do referido julgado:

Recurso especial. Civil. Previdência privada. Adicional de horas extras. Habitualidade. Reconhecimento em reclamação trabalhista. Integração no cálculo do benefício previdenciário complementar. Previsão de contribuição no regulamento. Verba de natureza salarial. Equilíbrio atuarial e fonte de custeio. Observância.

1. Ação ordinária em que se discute se o valor das horas extras, reconhecidas em reclamação trabalhista, devem integrar o cálculo do benefício complementar de aposentadoria.

2. O adicional de horas extras possui natureza salarial, mas, por ser transitório, não se incorpora, em caráter definitivo, à remuneração do empregado. Consoante a Súmula n. 291/TST, mesmo as horas extraordinárias prestadas habitualmente não integram o salário básico, devendo, se suprimidas, ser indenizadas.

3. Em princípio, as horas extraordinárias não integram o cálculo da complementação de aposentadoria, à exceção daquelas pagas durante o contrato de trabalho e que compuseram a base de cálculo das contribuições do empregado à entidade de previdência privada, segundo norma do próprio plano de custeio. Exegese da OJ n. 18 da SBDI-I/TST.

4. Admitir que o empregado contribua sobre horas extras que não serão integradas em sua complementação de aposentadoria geraria inaceitável desequilíbrio atuarial a favor do fundo de pensão.

5. Apesar de não constar no Regulamento do Plano de Benefícios n. 1 da Previ a menção do adicional de horas extras como integrante da base de incidência da contribuição do participante, também não foi excluído expressamente, informando a própria entidade de previdência privada, em seu *site* na *internet*, que o Salário de Participação constitui a base de cálculo das contribuições e tem relação direta com a remuneração recebida mensalmente pelo participante, abrangendo, entre outras verbas, as horas extraordinárias (habituais ou não).

6. Reconhecidos, pela Justiça do Trabalho, os valores devidos a título de horas extraordinárias e que compõem o cálculo do Salário de Participação e do Salário Real de Benefício, a influenciar a própria Complementação de Aposentadoria, deve haver a revisão da renda mensal inicial, com observância da fórmula definida no regulamento do fundo de pensão, devendo eventuais diferenças de custeio do participante e de recebimento do benefício ser compensadas.

7. Para manter o equilíbrio econômico-atuarial do fundo previdenciário, e havendo apenas a contribuição do trabalhador, deve ser reduzido pela metade o resultado da integração do adicional de horas extras na suplementação de aposentadoria.

8. Faculta-se ao autor verter as parcelas de custeio de responsabilidade do patrocinador, se pagas a menor, para poder receber o benefício integral, visto que não poderia demandá-lo na presente causa em virtude de sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

9. Como o obreiro não pode ser prejudicado por ato ilícito da empresa, deve ser assegurado o direito de ressarcimento pelo que despende a título de custeio da cota patronal, a ser buscado em demanda contra o empregador. O termo inicial do prazo de prescrição, nessa hipótese, será o trânsito em julgado do acórdão, visto que é o momento em que nasce a pretensão de reparação (teoria da *actio nata*).

10. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.525.732/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06/10/2015, DJe 16/10/2015.)

Por sua vez, a Quarta Turma deste Tribunal, no julgamento do AgRg no REsp n. 1.557.698 (Relator Ministro *Luis Felipe Salomão*, julgado em 19/4/2016, DJe de 26/4/2016), fazendo referência aos EDcl no AgRg no Ag n. 842.268/RS (Relatora Ministra *Maria Isabel Gallotti*, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015) – no qual se tratou, de forma geral, da possibilidade de inclusão, nos proventos de complementação de aposentadoria, de verbas salariais reconhecidas pela Justiça do Trabalho –, concluiu ser “inviável o pedido de inclusão das verbas salariais incorporadas ao salário por decisão da Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos proventos de complementação de aposentadoria, por ausência de prévia formação da reserva matemática necessária ao pagamento do benefício”.

A Turma considerou aplicável àquela hipótese (AgRg no REsp n. 1.557.698/RS) o entendimento consolidado pela Segunda Seção no julgamento, pelo rito dos recursos repetitivos, do REsp n. 1.425.326/RS (Relator Ministro *Luis Felipe Salomão*, Segunda Seção, julgado em 28/5/2014, DJe de 1º/8/2014), de que “não é possível a concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, pois a previdência complementar tem por pilar o sistema de capitalização, que pressupõe a acumulação de reservas para assegurar o custeio dos benefícios contratados, em um período de longo prazo”.

Conforme o Ministro Relator ressaltou, naquele caso concreto (AgRg no REsp n. 1.557.698/RS), “a Corte local apurou que o regulamento do plano de benefícios nem mesmo faz menção às horas extras, tendo deferido ao fundamento – manifestamente descabido, visto que a relação previdenciária não se confunde com a de emprego que o ora recorrente mantinha com o patrocinador – de que possuem caráter essencialmente remuneratório e, por conseguinte, deveriam repercutir no benefício, de natureza diversa, previdenciário”.

Por sua vez, no julgamento do AgInt no REsp n. 1.372.394/SC (Relator Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 16/10/2016, DJe de 18/10/2016), enfatizou-se que “as normas de caráter cogente previstas nos arts. 40 da Lei n. 6.435/1977, 202 da CF e, v.g., 1º e 18 da Lei Complementar n. 109/2001 impõem que já estejam formadas as reservas que garantam o benefício contratado, no momento em que o participante se torna elegível e que o plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabeleça o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios”. Afirmou-se, ademais, ter ficado “nítido que o recorrente (participante) se quedou inerte e não houve oportuno recolhimento de contribuições para formação do suporte do custeio da verba vindicada, sendo incompatível com a boa-fé objetiva o pleito formulado na presente ação ajuizada em face da entidade previdenciária, eis que o autor pretende receber benefício para o qual não houve nem mesmo recolhimento de contribuições, em prejuízo do fundo comum do plano de benefícios (pertencente aos demais participantes e beneficiários do plano de benefício)”. Além disso, faltaria “nexo de causalidade entre o dano experimentado e a conduta da entidade previdenciária, pois o próprio recorrente afirma que, no tocante à verbas reconhecidas, em acordo em demanda que a entidade previdenciária nem mesmo integrou, após a aposentação pela Justiça obreira - referentes à relação contratual trabalhista, que não se comunica -, foi o patrocinador que, em vista de prática de ato ilícito, criou óbice para que fossem vertidas as contribuições para a formação do suporte do custeio do benefício vindicado”.

Nesse contexto, o presente julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos tem também por objetivo firmar uma orientação única sobre a matéria, a ser seguida pelas Turmas especializadas em Direito Privado do STJ, conferindo-se assim efetividade aos princípios da segurança jurídica e da isonomia de tratamento às partes processuais.

O regime jurídico da previdência privada complementar, como salientado em diversas oportunidades pela Segunda Seção deste Tribunal, está previsto na Constituição Federal, a qual, em seu artigo 202, *caput* (redação dada pela EC n. 20/1998), estabelece que:

Art. 202. *O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.*

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º *As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.*

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.)

De início, observo que o texto constitucional faz clara distinção entre as relações de trabalho, mantidas entre empregado e empregador, e as relações de previdência privada, estabelecidas entre os participantes ou beneficiários e as entidades de previdência privada.

Em virtude da autonomia dessa relação contratual, entendeu o STF ser a Justiça comum competente para processar ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar. Confira-se:

Ementa Recurso extraordinário. Direito Previdenciário e Processual Civil. Repercussão geral reconhecida. Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de

obter complementação de aposentadoria. Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema. Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda. Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13).

1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta.

2. Quando, como ocorre no presente caso, o intérprete está diante de controvérsia em que há fundamentos constitucionais para se adotar mais de uma solução possível, deve ele optar por aquela que efetivamente trará maior efetividade e racionalidade ao sistema.

3. Recurso extraordinário de que se conhece e ao qual se dá provimento para firmar a competência da Justiça comum para o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência buscando-se o complemento de aposentadoria.

4. Modulação dos efeitos da decisão para reconhecer a competência da Justiça Federal do Trabalho para processar e julgar, até o trânsito em julgado e a correspondente execução, todas as causas da espécie em que houver sido proferida sentença de mérito até a data da conclusão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do julgamento do presente recurso (20/2/2013).

5. Reconhecimento, ainda, da inexistência de repercussão geral quanto ao alcance da prescrição de ação tendente a questionar as parcelas referentes à aludida complementação, bem como quanto à extensão de vantagem a aposentados que tenham obtido a complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada sem que tenha havido o respectivo custeio.

(RE 586.453, Relatora Ministra *Ellen Gracie*, Relator p/ Acórdão Ministro *Dias Toffoli*, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013, Repercussão Geral - Mérito DJe-106 divulg 05/06/2013 public 06/06/2013 Ement vol-02693-01 pp-00001.)

Assim como existe distinção entre as relações de trabalho e as de previdência privada, o contrato de previdência complementar também é independente do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), sendo certo que a espécie contratual aqui discutida possui caráter civilista (contratual).

Esse tipo de contrato tem suas bases firmadas no convênio de adesão entabulado entre a entidade de previdência privada e o patrocinador, no

regulamento do plano de benefícios e no estatuto da entidade que administra o plano. Dessa forma, a relação jurídica estabelecida entre as partes envolvidas é de direito privado.

É no regulamento do plano que são estipulados os benefícios, os pressupostos para sua concessão, a forma de aporte de recursos, a aplicação do patrimônio, os requisitos de elegibilidade e outros aspectos que formam o conjunto de direitos e obrigações entre as partes (entidade de previdência privada, patrocinadores, participantes e beneficiários).

Há de se ressaltar, no entanto, que, nada obstante o caráter privado dessa modalidade contratual, os planos de benefícios instituídos pelas entidades fechadas de previdência privada estão sujeitos a rígido regramento estatal. É o que se infere do disposto no art. 3º da Lei Complementar n. 109/2001, *in verbis*:

Art. 3º A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

I - formular a política de previdência complementar;

II - disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro;

III - determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades;

IV - assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios;

V - fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e

VI - proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

Ademais, conforme dispõe o art. 5º da LC n. 109/2001, os atos de “normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar serão realizados por órgão ou órgãos regulador e fiscalizador, conforme disposto em lei, observado o disposto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal”.

Além de estabelecer a distinção entre as relações de trabalho e de previdência privada, como destacado, o art. 202 da CF/1988, com a redação dada pela EC n. 20/1998, *consagrou o regime de capitalização. Esse regime financeiro*

pressupõe a constituição de reservas que garantam o benefício contratado, mediante o prévio recolhimento das contribuições vertidas pelo participante e pelo patrocinador, bem como os rendimentos auferidos com os investimentos realizados.

Ressalte-se que o patrimônio dos planos de previdência privada é autônomo, formado por “um conjunto de bens e direitos especialmente destinados, cujas características importam num singular regime jurídico” (BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria Geral da Previdência Privada*. Ed. Conceito Editorial. Florianópolis, 2012, p. 238).

Ao contrário do regime financeiro de caixa ou de repartição simples – em que as contribuições dos trabalhadores ativos ajudam a financiar os benefícios que estão em gozo, como ocorre no RGPS –, o regime de capitalização, adotado na previdência complementar, tem como princípio a impossibilidade de haver benefício sem prévio custeio. Assim, para cada plano de benefícios, deve-se formar uma reserva matemática que, de acordo os cálculos atuariais, possibilitará o pagamento dos benefícios contratados.

As reservas matemáticas “são provisões técnicas que as entidades têm que constituir dentro do sistema contábil para que, em cada momento fiquem registradas todas as suas responsabilidades em relação aos compromissos assumidos para com os participantes; depois a lei exige que tais provisões encontrem contrapartida específica no ativo da entidade” (PÓVOAS, Manoel Sebastião Soares. *Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*. São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2007, p. 426).

Em consonância com o art. 202 da Constituição Federal, a LC n. 109/2001, em seu art. 18, §§ 1º a 3º, traz expressa exigência de que o plano de benefícios esteja em permanente equilíbrio financeiro e atuarial. Para tanto, a norma reitera a necessidade de contribuição para a constituição de capital garantidor dos benefícios, provisões e demais despesas do fundo, asseverando a obrigatoriedade do regime financeiro de capitalização.

Dispõe a norma em questão que:

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.

§ 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.

§ 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Por sua vez, o art. 19 da Lei Complementar n. 109/2001 trata das contribuições previstas para prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, classificadas em normais – aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano – e extraordinárias – voltadas para o custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

Assim, a viabilidade dessa espécie de regime depende necessariamente da manutenção do equilíbrio entre as reservas existentes no fundo específico – formado pelas contribuições tanto dos participantes quanto dos patrocinadores, bem como pela rentabilidade das aplicações e dos investimentos dessas contribuições – e os valores pagos aos participantes e assistidos, a título de benefícios.

Veja-se que:

O equilíbrio econômico-financeiro versa sobre a solidez do resultado apurado no encontro das receitas com as despesas, ou seja, sobre a suficiência de recursos arrecadados pelo plano de benefícios, no caso ora tratado para cobrir as despesas incorridas com o pagamento de benefícios. Assim, os fluxos de pagamentos de benefícios aos participantes deverá guardar correspondência com os recursos ingressados no respectivo plano.

Note-se, destarte, que, de fato, a solvência, a liquidez e o equilíbrio financeiro-econômico dos planos de benefícios têm nítida correlação entre si. Deles extrai-se a necessidade de os padrões mínimos estabelecidos pelos órgãos reguladores promoverem a capacidade das contribuições feitas ao plano de previdência e o patrimônio por elas formado serem suficientes para o cumprimento das obrigações da entidade de previdência complementar.

O equilíbrio atuarial apresenta-se como um novo elemento para este cenário de atenção à “saúde” financeira e econômica do plano de benefícios, pois corresponde à capacidade de projeção dos recursos financeiros necessários para a garantia dos benefícios previdenciários oferecidos.

Os complexos cálculos e controles atuariais envolvem o estudo de um cenário futuro em que o participante ou os beneficiários passarão a usufruir dos benefícios do plano de previdência e das situações extraordinárias, passíveis de ocorrência a qualquer tempo, que possam implicar pagamento de recursos aos participantes e beneficiários. Com base nestas análises, busca-se trazer ao contexto presente os recursos necessários para cumprir tais compromissos, a fim de determinar o valor das contribuições a serem efetuadas e das metas a serem alcançadas nos investimentos financeiros destes recursos.

Considerando que os compromissos assumidos pelo plano de benefícios têm natureza previdenciária, o cálculo atuarial, nestes casos, pondera o número de participantes e beneficiários do plano, a idade destes participantes e beneficiários, sua expectativa de vida, seus níveis salariais, além de outras condições previstas no regulamento do plano. Trata-se, desta forma, de uma análise criteriosa de classificação do perfil das obrigações assumidas pelo plano de benefícios. (BALERA, Wagner [Coord]. *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 67/68).

Tanto é assim que, para a manutenção desse equilíbrio, o art. 21 da Lei Complementar n. 109/2001 prevê, na hipótese de resultado negativo, o equacionamento do déficit por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção de suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que eventualmente deem causa a dano ou prejuízo, podendo-se implementar tal equacionamento, entre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, da instituição de contribuição adicional ou da redução do valor dos benefícios a conceder.

Daí a importância de se observarem as possíveis repercussões no plano, na hipótese de mudanças posteriores não previstas nos benefícios concedidos, como, a exemplo da matéria aqui tratada, no caso de inclusão das horas extraordinárias habituais, incorporadas à remuneração do participante de plano de previdência complementar, em gozo do benefício, por decisão da Justiça trabalhista.

Com efeito, diante da exigência legal de se adotar o regime de capitalização e da necessidade de manter o equilíbrio atuarial do plano de benefícios, a interpretação que se dá ao contrato de previdência complementar deve visar à preservação desse equilíbrio, tendo sempre em conta os interesses da coletividade dos participantes do plano.

Qualquer alteração nas relações individuais entre entidade e participante que traga mudança nas regras de custeio e de concessão de benefícios pode ter reflexo nas reservas garantidoras do plano, impondo o equacionamento exigido pelo art. 21 da Lei Complementar n. 109/2001.

Ademais, para se cumprir a função social do contrato, é essencial observar o princípio do mutualismo. Não se pode admitir a concessão de benefício extemporâneo e maior do que o previsto ao se formar o fundo de reserva em favor de determinado assistido, em detrimento da coletividade dos participantes, assistidos e beneficiários, sob pena de malogro do próprio plano de benefícios.

A tese a ser firmada no presente julgamento diz respeito às hipóteses em que a verba em questão (horas extras) não foi paga enquanto vigente o contrato de trabalho, tendo sido reconhecida a existência de jornada extraordinária em ação autônoma, da qual a entidade de previdência privada não participou, quando o participante já se encontrava em fruição do benefício suplementar. Logo, o valor respectivo não se refletiu nas contribuições vertidas pelo participante, tampouco pela patrocinadora. Ademais, não se imputa à entidade demandada qualquer ilícito ou violação do regulamento do plano por ocasião da concessão inicial do benefício.

Não há controvérsia a respeito da natureza remuneratória das horas extras e do seu respectivo adicional.

Com efeito, assim dispõe o § 11 do art. 201 da CF/1988:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando o dispositivo em questão, firmou o entendimento de que “a Constituição Federal consignou o caráter remuneratório das verbas referentes ao terço de férias usufruídas, à hora extra, aos adicionais de insalubridade, periculosidade e trabalho noturno” (ARE 1.048.172/SC AgR, Relator Ministro *Dias Toffoli*, Segunda Turma, julgado em 6/10/2017, DJe/247 de 26/10/2017, publicado em 27/10/2017).

No mesmo sentido, já decidiu esta Corte. A propósito:

Tributário. Recurso representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Contribuição previdenciária a cargo da empresa. Regime Geral de Previdência Social. Base de cálculo. Adicionais noturno, de periculosidade e horas extras. Natureza remuneratória. Incidência. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção do STJ.

Síntese da controvérsia 1. Cuida-se de Recurso Especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC para definição do seguinte tema: “Incidência de contribuição previdenciária sobre as seguintes verbas trabalhistas: a) horas extras; b) adicional noturno; c) adicional de periculosidade”.

(...)

Adicionais noturno, de periculosidade, horas extras: incidência

4. Os adicionais noturno e de periculosidade, as horas extras e seu respectivo adicional constituem verbas de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária (AgRg no REsp 1.222.246/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/12/2012; AgRg no AREsp 69.958/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 20/6/2012; REsp 1.149.071/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/9/2010; Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 9/4/2013; REsp 1.098.102/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/6/2009; AgRg no Ag 1.330.045/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 25/11/2010; AgRg no REsp 1.290.401/RS; REsp 486.697/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 17/12/2004, p. 420; AgRg nos EDcl no REsp 1.098.218/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/11/2009).

Prêmio-gratificação: não conhecimento

5. Nesse ponto, o Tribunal *a quo* se limitou a assentar que, na hipótese dos autos, o prêmio pago aos empregados possui natureza salarial, sem especificar o contexto e a forma em que ocorreram os pagamentos.

6. Embora os recorrente tenham denominado a rubrica de “prêmio-gratificação”, apresentam alegações genéricas no sentido de que se estaria a tratar de abono (fls. 1.337-1.339), de modo que a deficiência na fundamentação recursal não permite identificar exatamente qual a natureza da verba controvertida (Súmula 284/STF).

7. Se a discussão dissesse respeito a abono, seria necessário perquirir sobre a subsunção da verba em debate ao disposto no item 7 do § 9º do art. 28 da Lei 8.212/1991, o qual prescreve que não integram o salário de contribuição as verbas recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário.

8. Identificar se a parcela em questão apresenta a característica de eventualidade ou se foi expressamente desvinculada do salário é tarefa que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

Conclusão

9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

(REsp 1.358.281/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 23/4/2014, DJe 5/12/2014.)

Em tais circunstâncias, havendo previsão, no regulamento do plano de previdência privada, de que as parcelas de natureza remuneratória devem ser inseridas na base de cálculo das contribuições a serem recolhidas (pelo patrocinador e pelo participante) e ainda servir de parâmetro para o cálculo da renda mensal inicial do benefício de suplementação de aposentadoria, essas parcelas (horas extras), uma vez realizado o aporte correspondente, em regra deverão compor o cálculo do benefício a ser concedido.

Nesse contexto, não resta dúvida de que, no presente caso concreto (no qual ficou estabelecido pelas instâncias ordinárias haver previsão, no regulamento do plano, de que as parcelas de natureza remuneratória componham a base de cálculo das contribuições), em princípio, os valores correspondentes à remuneração do trabalho extraordinário habitual, no período de apuração da renda mensal inicial, deveriam ter refletido nas contribuições do participante e do patrocinador e, de igual modo, ter sido considerados para a fixação do valor do benefício.

No entanto, é de se reconhecer que a inclusão desses valores nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria posteriormente à concessão do benefício, sem prévio suporte financeiro, além de desprezitar o comando legal do art. 18, §§ 1º a 3º, da Lei Complementar n. 109/2001, acarretará prejuízo ao fundo, podendo resultar em desequilíbrio do plano de benefícios, o que representa uma ameaça à preservação da segurança econômica e financeira atuarial para a coletividade dos participantes e a possível necessidade de recomposição das reservas, nos moldes previstos no art. 21 da lei complementar mencionada.

Em um primeiro momento, parece suficiente, para corrigir o problema da falta de fonte de custeio, a solução proposta pela Terceira Turma deste Tribunal no julgamento do REsp n. 1.525.732/RS – no sentido de reconhecer a procedência do pedido formulado, naquele caso concreto, pelo participante para condenar a entidade ré a reajustar o benefício, mediante a extemporânea contribuição correspondente aos valores que deixaram de ser recolhidos no momento oportuno.

Entretanto, tal providência, com as mais respeitadas vênias, não se concilia com a expressa exigência legal do prévio custeio (art. 18, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar n. 109/2001), resultando processo excessivamente oneroso para o fundo e para a coletividade dos participantes.

Com efeito, seria necessária a efetiva recomposição atuarial do plano, para possibilitar a inclusão dessas verbas no benefício, com a indispensável formação da reserva matemática (reserva de benefícios a conceder), exigida pela lei.

Não se afigura suficiente para essa recomposição que o recurso financeiro ingresse no fundo, com o aporte de valor atualizado das contribuições, que deveriam ter sido feitas pelo participante e pelo patrocinador, por meio de simples cálculo aritmético. De fato, a recomposição das reservas do plano demanda mais que um mero encontro de contas, exigindo a elaboração de complexos cálculos atuariais baseados em análises probabilísticas que devem retroagir ao momento em que cada aporte deixou de acontecer e na forma em que deveria ter ocorrido, impondo um recálculo individualizado em face de um plano mutualista.

Além disso, como se sabe, tramitam no Judiciário múltiplas ações individuais com pedidos semelhantes, impondo cada uma delas sucessivos equacionamentos localizados, com todas as dificuldades mencionadas e correspondentes custos operacionais, em prejuízo de toda a coletividade dos participantes, ameaçando a segurança econômica e financeira do fundo, dando a ideia de precariedade aos benefícios concedidos.

Como bem assinalou a PREVIC em sua manifestação, na qualidade de *amicus curiae* (e-STJ fl. 398):

Muito embora a presente contenda seja voltada em desfavor de entidade fechada de previdência complementar, mostra-se equivocada a perspectiva segundo a qual seria a própria entidade a suportar eventuais ônus decorrentes da condenação nesta ou nas muitas outras ações de idêntica natureza. São os participantes ativos, os assistidos, eventualmente os dependentes destes e os patrocinadores aqueles que efetivamente sofrerão os seus efeitos.

Não há como se evitar, em ações como a presente, que os elevados custos operacionais dos cálculos atuariais, das perícias e da própria defesa judicial envolvidos em cada caso concreto sejam efetivamente suportados pela coletividade dos participantes e beneficiários do plano. Além disso, conforme salientado anteriormente, a empregadora (patrocinadora), que deixou de reconhecer o trabalho extraordinário realizado no momento oportuno e, conseqüentemente, deu causa à falta do aporte necessário para o incremento do benefício, nem sequer faz parte da lide em que se pleiteia a revisão do benefício, não sendo possível, dessa forma, determinar, nessas ações, que ela, e não a coletividade dos participantes, assumam esse encargo.

Nesse contexto, não havendo nenhum ato ilícito praticado pela entidade de previdência complementar, diante da falta de prévio custeio e da onerosidade excessiva que representa para a coletividade dos participantes a recomposição do fundo, as parcelas ou os valores de natureza remuneratória devidos ao ex-empregado reconhecidos posteriormente à concessão do benefício de complementação de aposentadoria – como no caso das horas extras habituais – não podem repercutir no benefício concedido, sob pena de ofender o comando normativo do art. 18, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar n. 109/2001 e de acarretar o desequilíbrio financeiro e atuarial do plano, pois não foram consideradas ao se formar a prévia e necessária reserva matemática para o pagamento do benefício.

Cumprе ressaltar que a justa reparação pelo eventual prejuízo que o participante do plano de previdência complementar tiver sofrido em decorrência de ato ilícito de responsabilidade da patrocinadora, que implicou em benefício de complementação de aposentadoria menor do que aquele que lhe seria devido, deve ser buscada, se possível, na via processual adequada, em ação movida contra o ex-empregador.

Nada obstante, em relação às várias ações da mesma natureza já ajuizadas contra entidades de previdência privada, é de se reconhecer a possível inviabilidade da pretensão de reparação diretamente contra a patrocinadora, diante do tempo decorrido entre a prolação da sentença na Justiça trabalhista e o julgamento do presente recurso repetitivo.

Nesse sentido, tratando-se de matéria que tem ensejado interpretação controvertida no âmbito desta Seção de Direito Privado, em nome da segurança jurídica e com o fim de evitar um ocasional prejuízo a quem intentou ação idêntica e aguarda solução uniforme por parte do Poder Judiciário, propõe-se, por aplicação extensiva do § 3º do art. 927 do CPC/2015, uma delimitação do alcance da tese a ser firmada no presente julgamento.

Assim, excepcionalmente, propõe-se admitir o recálculo do benefício, nos termos pretendidos, nas ações da espécie propostas na Justiça comum até a data do julgamento do presente recurso repetitivo, condicionando-se tal recálculo ao prévio e integral restabelecimento das reservas matemáticas, por meio de aporte a ser vertido pelo participante, devendo a apuração dos valores correspondentes basear-se em estudo técnico atuarial, conforme disciplinado no regulamento do plano.

Tese definida para os fins do art. 1.036 do CPC/2015

a) “A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.”

b) “Modulação dos efeitos da decisão para, em ações ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento, conferir a possibilidade de inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial.”

Acréscimos ao voto

Na sessão de julgamento do dia 8/8/2018, o Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva* apresentou voto-vista sugerindo alterações no enunciado da tese para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, as quais acolhi integralmente, ficando o texto, após os acréscimos, com a seguinte redação:

Teses definidas para os fins do art. 1.036 do CPC/2015:

a) “A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.”

b) “Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho.”

c) “Modulação dos efeitos da decisão (art. 927, § 3º, do CPC/2005): nas demandas ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento – se ainda for útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa –, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso.”

d) “Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa da entidade fechada de previdência complementar.”

Julgamento do caso concreto

1. Negativa de prestação jurisdicional

Inicialmente, cumpre observar que, embora a petição do recurso especial mencione uma suposta violação do art. 538, parágrafo único, do CPC/1973, pela indevida aplicação de multa no julgamento dos embargos de declaração (e-STJ fl. 293), a recorrente não discorre sobre o tema em suas razões recursais. Além disso, o acórdão dos aclaratórios não faz menção alguma à penalidade em questão, razão pela qual não conheço dessa insurgência.

Rejeito a alegação de ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973. O Tribunal de origem, ainda que em sentido contrário aos interesses da recorrente, julgou a controvérsia tal como apresentada no processo.

Com efeito, ao reformar a sentença, a Corte local entendeu que a autora teria o “direito de incluir no seu benefício as parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista, em especial as horas extras e seus reflexos” (e-STJ fl. 255), salientando que, “embora o Regulamento não faça referência expressa às horas extras, não se pode olvidar que estas possuem caráter essencialmente remuneratório, pois correspondem à contraprestação por trabalho prestado, excedente à jornada diária normal, integrando parte do salário” (e-STJ fl. 257).

Ressaltou, por fim, quanto à ausência de fonte de custeio, que, “em que pese o artigo 202, *caput*, da CF determine a constituição de reservas para o pagamento dos benefícios, não pode a instituição de previdência privada utilizar tal argumento para se esquivar de sua obrigação, tampouco exigir que o aposentado complemente o que já recolheu, cabendo àquela planejar os descontos e os índices de contribuição” (e-STJ fls. 259/260).

Não houve, portanto, negativa de prestação jurisdicional, tendo o acórdão se manifestado de forma suficiente e motivada sobre as questões suscitadas nos autos.

2. Violação dos arts. 1º, 18, *caput* e § 3º, e 19 da LC n. 109/2001.

No caso, o acórdão recorrido, ao reconhecer o direito da parte autora de incluir no seu benefício as parcelas reconhecidas na reclamatória trabalhista, sem o aporte correspondente, dissentiu da orientação ora firmada.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para, admitido o recálculo do benefício, na forma determinada pelo TJRS, condicionar o pagamento de quaisquer diferenças ao prévio e integral restabelecimento das reservas matemáticas, por meio de aporte, a ser vertido pela recorrida, dos valores apurados mediante estudo técnico atuarial.

Configurada a sucumbência recíproca (art. 86 do CPC/2015), as custas e o valor total dos honorários advocatícios, conforme fixados na origem, deverão ser suportados na proporção do decaimento das partes, apurando-se os respectivos valores em liquidação.

Deferida a gratuidade da justiça na instância ordinária, deve ser observada a regra do § 3º do art. 98 do CPC/2015.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015/art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973), interposto por *Fundação Bannrisul de Seguridade Social*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que deu provimento ao recurso de apelação interposto pela assistida.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Apelação cível. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Horas extras reconhecidas pela Justiça do Trabalho. Fundação Banrisul.

1. Inépcia da inicial. A petição inicial atende aos requisitos elencados no art. 282 do CPC. Não há que se confundir a necessidade de indicação dos fundamentos jurídicos com a dos fundamentos legais, que é dispensável. Na petição inicial resta claramente identificado o pedido e a causa de pedir.

2. Ilegitimidade ativa. A ré é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, pois a relação contratual foi estabelecida entre ela e a autora.

3. Litisconsórcio passivo. Descabida formação de litisconsórcio passivo entre a demandada e o Banrisul, visto que a relação jurídica em debate diz respeito a benefício previdenciário de natureza complementar, não estando em liça relação obrigacional pela qual deva responder a instituição financeira.

4. Perícia atuarial. A prova atuarial postulada pela ré é desnecessária, pois a matéria controvertida é exclusivamente de direito e seu julgamento implica a interpretação de dispositivos regulamentares, havendo elementos suficientes para formação da convicção para o julgamento.

5. Mérito. Deve ser reconhecido o direito da parte autora de incluir no seu benefício as parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista, tais como as horas extras e seus reflexos, pois aquelas integram a remuneração da parte e têm repercussão financeira no benefício previdenciário devido. Precedentes.

6. Não pode a instituição de previdência privada utilizar o argumento de ausência de fonte de custeio para se esquivar de sua obrigação, cabendo-lhe planejar os descontos e os índices de contribuição.

7. Sendo restituídos os valores dos benefícios devidos, cabível o desconto, mês a mês, das parcelas correspondentes à dedução do imposto de renda, bem como das contribuições previdenciárias.

Rejeitadas as preliminares contrarrecursais, deram provimento ao apelo, por maioria (fl. 247).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 278/284).

No especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, contrariedade aos arts. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) e 1º, 18, *caput* e § 3º, e 19 da Lei Complementar n. 109/2001.

Na sessão do dia 13/6/2018, o Relator, Ministro Antonio Carlos Ferreira, deu parcial provimento ao recurso especial e fixou teses repetitivas em voto assim sumariado:

Recurso especial repetitivo. Direito Civil. Previdência privada. Verbas remuneratórias (horas extraordinárias). Reconhecimento pela Justiça Trabalhista. Inclusão nos cálculos de proventos de complementação de aposentadoria. Impossibilidade. Ausência de prévio custeio. Modulação de efeitos da decisão. Possibilidade de recálculo do benefício em ações já ajuizadas. Caso concreto. Recurso especial parcialmente provido.

1. Teses definidas para os fins do art. 1.036 do CPC/2015

a) “A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.”

b) “Modulação dos efeitos da decisão para, em ações ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento, conferir a possibilidade de inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial.”

2. Caso concreto

a) Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido pronuncia-se de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo.

b) O acórdão recorrido, ao reconhecer o direito da parte autora à inclusão no seu benefício do reflexo das verbas reconhecidas pela Justiça do Trabalho, sem o aporte correspondentes, dissentiu, em parte, da orientação ora firmada.

3. Recurso especial parcialmente provido.

Após, pedi vista antecipada dos autos para melhor exame das teses repetitivas formuladas e da modulação de efeitos proposta, haja vista o rico debate que se sucedeu na sessão de julgamento.

De início, no que se refere à possibilidade de modulação dos efeitos de decisão judicial das Cortes Superiores, o art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) expressamente a admitiu nos seguintes termos: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos

repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”

Assim, depreende-se que não só quando ocorrer alteração de jurisprudência dominante dos tribunais superiores pode ser aplicada, com parcimônia, ou seja, sem banalizações, tal técnica processual, mas também nos julgamentos envolvendo recurso repetitivo, condicionada, em quaisquer das situações, à necessidade de resguardo da segurança jurídica e da preservação do interesse social.

A propósito, confira-se a seguinte lição de Nelson Nery Júnior e de Rosa Maria de Andrade Nery:

(...)

(...) Agora há disposição expressa de lei permitindo a modulação no âmbito do STJ, TRF e TJ. (CPC 927 § 3º). Entretanto, nem precisaria haver previsão legal, tampouco aplicação analógica ou extensiva da LADIn 27, para que a solução hoje apregoadada pelo STF quanto à eficácia *ex nunc* das decisões de inconstitucionalidade em RE fosse admitida pelo sistema. Dizemos isso porque referida solução está em consonância com o próprio sistema constitucional brasileiro. Com efeito, o princípio da segurança jurídica pode indicar a eficácia para o futuro como solução para determinada situação concreta (...). Tudo isso está a indicar a existência, no sistema constitucional brasileiro, de mecanismo apto a justificar decisão dos tribunais superiores (STJ, TST, STF e STM) de deflagrarem efeitos *ad futurum* às suas decisões que modifiquem sua jurisprudência anterior (...).

(NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, págs. 1.842/1.843)

Infere-se, assim, que o novel Código de Processo Civil ampliou tanto em sentido vertical quanto horizontal as hipóteses de modulação dos efeitos de decisão judicial, já que essa faculdade não se restringe mais ao Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato ou difuso de constitucionalidade de ato normativo.

Com efeito, existindo interesse social e sendo a segurança jurídica necessária, as Cortes Superiores, na atualidade, também podem fazer uso de tal técnica tanto quando houver a superação de precedente (overruling) quanto a formação de precedente em recurso repetitivo.

Nesse contexto, a Primeira Seção, ao apreciar o Tema n. 106 (obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS) no REsp n. 1.657.156/RJ (Rel. Ministro Benedito

Gonçalves, DJe 4/5/2018), promoveu a modulação de efeitos nos seguintes termos:

(...)

Modulação dos efeitos

Por fim, cabe tratar da questão referente aos processos em curso que não atendem aos critérios acima descritos porquanto estão sendo definidos somente neste recurso repetitivo.

Nos termos do art. 927, § 3º, do CPC/2015:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Sendo assim, verifica-se que o caso em tela impõe a esta Corte Superior de Justiça a modulação dos efeitos deste julgamento, pois vinculativo (art. 927, inciso III, do CPC/2015), no sentido de que os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento. (grifou-se)

Em outra ocasião, o aludido Colegiado também modulou os efeitos de recurso repetitivo já julgado ao acolher em parte embargos de declaração. Confira-se a ementa dos EDcl no REsp n. 1.336.026/PE (Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 22/6/2018), transcrita no que interessa:

Processual Civil. Embargos de declaração em recurso especial representativo de controvérsia. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. (...) *Vícios sanados. Modulação de efeitos. Cabimento. Embargos de declaração acolhidos parcialmente, julgados sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.*

(...)

9. *Tese firmada, tendo sido alterada parcialmente aquela fixada no voto condutor, com a modulação dos efeitos: "A partir da vigência da Lei n. 10.444/2002, que incluiu o § 1º ao art. 604, dispositivo que foi sucedido, conforme Lei n. 11.232/2005, pelo art. 475-B, §§ 1º e 2º, todos do CPC/1973, não é mais imprescindível, para acertamento da conta exequenda, a juntada de documentos pela parte executada, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação*

requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado. Assim, sob a égide do diploma legal citado e para as decisões transitadas em julgado sob a vigência do CPC/1973, a demora, independentemente do seu motivo, para juntada das fichas financeiras ou outros documentos correlatos aos autos da execução, ainda que sob a responsabilidade do devedor ente público, não obsta o transcurso do lapso prescricional executório, nos termos da Súmula 150/STF".

10. *Os efeitos decorrentes dos comandos contidos neste acórdão ficam modulados a partir de 30/6/2017, com fundamento no § 3º do art. 927 do CPC/2015. Resta firmado, com essa modulação, que, para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de 5 anos para propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017.*

11. Embargos de declaração acolhidos parcialmente.

12. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ. (grifou-se)

Desse modo, na espécie, tratando-se de recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos, falta saber se é necessária a modulação de efeitos no tema sob apreciação (Tema n. 955).

Isso porque a matéria controvertida - definir se o participante de plano de previdência privada faz jus à revisão de sua renda mensal inicial após o reconhecimento de horas extraordinárias habituais pela Justiça do Trabalho - era antes julgada e apreciada pela própria Justiça laboral.

E, naquela Justiça especializada, a jurisprudência que se consolidou foi a de ser possível tal revisão de valores na aposentadoria complementar, mesmo porque já se condenava o ex-empregador (patrocinador) a recompor a reserva matemática, como se extrai da Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 18 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I).

Após o STF estabelecer, em repercussão geral, que as questões envolvendo a complementação de aposentadoria seriam de competência da Justiça Comum (RE n. 586.453/SE, Rel. para acórdão Ministro Dias Toffoli, DJe 5/6/2013), o entendimento jurisprudencial então dominante naquela seara passou a ser frequentemente adotado, com leves modificações, pelas Cortes de Justiça estaduais.

Todavia, quando a controvérsia chegou ao Superior Tribunal de Justiça, as Turmas de Direito Privado encontraram soluções distintas: a Terceira Turma admitiu a revisão da renda mensal inicial, desde que recomposta a reserva matemática, ao passo que a Quarta Turma não a admitiu, já que não observada prévia contribuição, ínsita ao regime de capitalização.

Nesse passo, cumpre asseverar que em demandas envolvendo a Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência Social (ELOS) esta Corte Superior reconheceu, tanto em julgados da Terceira quanto da Quarta Turmas, ser possível ao assistido que recebia benefício proporcional receber o integral, desde que vertesse a joia (cumprisse o requisito da constituição da reserva garantidora), sobretudo porque o regulamento do plano previdenciário dispunha a respeito, não sendo empecilho, assim, para promover a revisão de valores a ausência de custeio prévio (REsp n. 1.245.683/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 5/11/2015, e REsp n. 1.520.435/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 4/4/2017).

De qualquer forma, somente neste recurso repetitivo é que a tese de pretensão reparatória a ser dirigida contra o ex-empregador foi levantada, o que constituiu uma inovação importante, pois eventuais direitos do então empregado lesado poderiam ser resguardados de modo mais efetivo, porquanto em uma só demanda judicial (reclamação trabalhista) conseguiria ser totalmente compensado pelos prejuízos causados pelo ato ilícito do empregador (verbas trabalhistas e indenizatórias e, agora, reflexos frustrados na aposentadoria suplementar).

Nesse cenário, verifica-se, de fato, a necessidade de modulação dos efeitos da decisão a ser proferida neste recurso repetitivo, já que presentes o interesse social e a imprescindibilidade de proteção da segurança jurídica: são diversos participantes e assistidos os quais passaram a litigar na Justiça Comum e que, por muitos anos, estavam amparados em jurisprudência pacífica da Justiça do Trabalho.

Logo, com a nova orientação desta Segunda Seção acerca da matéria, deve-se dar opção ao participante/assistido que já ajuizou ação na Justiça Comum de revisar a sua renda mensal inicial nos termos do voto do Relator, se tal solução lhe for útil, tendo em vista que outra reclamação trabalhista na Justiça laboral pode estar fulminada pela prescrição.

É certo que a recomposição da reserva matemática pelo assistido pode lhe ser muito onerosa, mas, com relação às cotas patronais, poderá reaver o que despendeu do ex-empregador, se este já não foi condenado pela Justiça do

Trabalho a promover tal recolhimento. Como cediço, a empresa empregadora, na condição de patrocinadora, em alguns planos de benefícios, contribui em proporção maior que o empregado (às vezes em valor superior a duas ou três vezes) e a Justiça especializada vem condenando-a continuamente a pagar os valores de custeio como decorrência/reflexo das horas extras reconhecidas.

Assim, a tese repetitiva de modulação dos efeitos é medida que se impõe para proteger a confiança do jurisdicionado e evitar a disseminação de eventual “jurisprudência lotérica”, o que não se coadunaria com a busca da segurança jurídica.

Diante do exposto, propõe-se os seguintes ajustes e teses jurídicas para os efeitos dos arts. 1.038 e 1.039 do CPC/2015:

I - A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.

II - Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho.

III - Modulação de efeitos (art. 927, § 3º, do CPC/2015): para as demandas ajuizadas na Justiça Comum até a data do presente julgamento, e ainda sendo útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso.

IV - Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa do ente fechado de previdência complementar.

Verifica-se que no item II foi ressalvada a possibilidade da pretensão reparatória a ser buscada na Justiça do Trabalho contra o ex-empregador por

frustrar, diante do ato ilícito cometido, o recebimento a maior da suplementação de aposentadoria.

Já no item III, aperfeiçou-se a redação, pois, como cediço, os regulamentos dos planos de previdência complementar podem ser divididos em três grupos quanto à inclusão das horas extras no salário de contribuição: (i) aqueles que preveem expressamente as horas extras como objeto do salário de contribuição, (ii) aqueles que são omissos quanto às horas extras, mas admitem, em geral, verbas de natureza salarial ou remuneratória (previsão implícita das horas extraordinárias) e (iii) aqueles que excluem, de forma expressa, as parcelas alusivas às horas extras.

Por fim, no item IV, foi feita alusão às cotas patronais a serem vertidas pelo ex-empregador por força de condenação transitada em julgado na Justiça do Trabalho e que não podem ser usadas para provocar a revisão da suplementação de aposentadoria do ex-empregado.

Ante o exposto, acompanho o Relator, Ministro Antonio Carlos Ferreira, para dar parcial provimento ao recurso especial, ajustando as teses repetitivas propostas.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.680.318-SP (2017/0146777-1)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Bradesco Seguros S/A

Advogados: Luis Felipe Freire Lisboa e outro(s) - DF019445

Alessandra Marques Martini e outro(s) - SP270825

Recorrido: Benedito Gomes de Oliveira

Advogados: José Francisco Ventura Batista - SP291552

Monique Fernanda de Siqueira Silveira - SP331519

Interes.: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - “Amicus Curiae”

Advogado: Christian Tarik Printes - SP316680

Interes.: Federação Nacional de Saúde Suplementar - “Amicus Curiae”

Advogados: Samuel Mac Dowell de Figueiredo e outro(s) - SP029393

Roberta Benito Dias e outro(s) - SP207719

Interes.: Unimed do Brasil Confederação Nac das Cooperativas Med -
“Amicus Curiae”

Advogados: Márcia Aparecida Mendes Maffra Rocha - SP211945

Raphael Carvalho de Oliveira - SP366173

Interes.: Associação Civil SOS Consumidor - “Amicus Curiae”

Advogado: Marli Aparecida Sampaio - SP134739

Interes.: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar - “Amicus Curiae”

Advogado: Luiz Felipe Conde e outro(s) - RJ087690

EMENTA

Recurso especial repetitivo. Civil. Plano de saúde coletivo empresarial. Ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa. Assistência médica. Manutenção. Arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998. Requisitos não preenchidos. Contribuição exclusiva do empregador. Vigência do contrato de trabalho. Coparticipação do usuário. Irrelevância. Fator de moderação. Salário indireto. Descaracterização.

1. Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho, não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto.

2. No caso concreto, recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção, por unanimidade, no caso concreto, dar provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, invertidos os ônus da sucumbência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 1.040 do CPC/2015, foi firmada a seguinte tese repetitiva: Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho, não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 24.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Bradesco Saúde S.A.*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que *Benedito Gomes de Oliveira*, ex-empregado da Gerdau Aços Longos S.A., ajuizou ação de obrigação de fazer contra a operadora ora recorrente objetivando a manutenção no plano de saúde coletivo empresarial nas mesmas condições de cobertura assistencial e de valores da época em que estava em vigor o contrato de trabalho, arcando com a integralidade dos custos, inclusive os da empresa, nos termos dos arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998.

O magistrado de primeiro grau, entendendo que “(...) a assistência à saúde nada mais é do que um salário indireto” (fl. 294) e que “(...) o empregado contribuiu, mesmo que indiretamente, para o custeio do plano” (fl. 294), julgou procedentes os pedidos formulados na inicial para manter o autor e dependentes no plano coletivo de assistência médica desde que ele assumisse o pagamento integral da mensalidade.

Irresignada, a demandada interpôs apelação, a qual não foi provida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Legitimidade passiva *ad causam* da seguradora Bradesco. Reconhecimento. Operadora que se mostra como a única que reúne condições de titularizar a obrigação e de atender ao comando legal (art. 31 da Lei n. 9.656/98). Empresa estipulante que não mantém mais nenhum vínculo com o segurado. Precedentes. Preliminar rejeitada.

Denúnciação da lide. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (Súmula 469 do STJ). Pretensão de denúnciação da estipulante do contrato de plano de saúde coletivo. Inadmissibilidade. Exegese do art. 88 do CDC. Precedentes. Não incidência, ademais, das hipóteses do art. 125 do NCPC.

Plano de saúde. Pedido de manutenção de aposentado no plano de saúde coletivo administrado pela ré, nas mesmas condições anteriores ao seu desligamento da empresa estipulante. Plausibilidade. Requisitos do Art. 31 da Lei n. 9.656/1998 preenchidos. Natureza jurídica da participação do empregado no custeio do contrato, se a título de contribuição ou participação, que é irrelevante. Efetiva contribuição do segurado para o custeio do plano por mais de dez anos (co-participação). Comprovação. Direito de permanecer nas mesmas condições, assumindo o pagamento integral das prestações. Reconhecimento. Sentença mantida. Recurso desprovido (fl. 336).

No especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 30, § 6º, e 31 da Lei n. 9.656/1998 e 458, § 2º, IV, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Sustenta, em síntese, que o ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa, para ser mantido no plano de saúde coletivo, precisa ter contribuído com o pagamento de mensalidades, o que não foi o caso dos autos, pois o demandante apenas custeava a coparticipação.

Acrescenta que não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar, sobretudo nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa.

Aduz também que o plano de saúde não pode ser considerado salário de qualquer espécie, ou seja, não é considerado salário indireto.

Após a apresentação de contrarrazões (fls. 389/398), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 399/401).

Diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica tese controvertida (*saber se o ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa*

faz jus à manutenção no plano de saúde coletivo empresarial quando, na atividade, a contribuição foi suportada apenas pela empresa empregadora), o julgamento do presente recurso especial foi submetido à Segunda Seção desta Corte, conforme o rito dos arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil de 2015 - CPC/2015 (fls. 411/419).

Foram expedidos ofícios aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e foi facultada a manifestação, na qualidade de *amicus curiae*, dos seguintes entes ou órgãos: Defensoria Pública da União (DPU), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE), Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS), Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON), que apresentaram petições (fls. 437/485, 503/552 e 742/776) ou quedaram-se inertes (Certidões de fls. 583 e 812).

O Ministério Público Federal, em parecer, opinou “(...) pelo desprovemento do recurso especial e, por conseguinte, tendo em vista a afetação do presente recurso ao rito dos repetitivos, que seja firmada tese no sentido de ser possível a manutenção de ex-empregados em planos de saúde empresariais coletivos, custeados integralmente pelo ex-empregador, desde que assuma o integral pagamento das prestações mensais” (fl. 502).

Por fim, foram admitidas também as seguintes entidades como *amici curiae*: Confederação Nacional das Cooperativas Médicas (*Unimed do Brasil*) e Associação Civil S.O.S Consumidor (fls. 693/694 e 731/732), as quais apresentaram petições.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): A questão controvertida na presente via recursal consiste em definir se o ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa faz jus à manutenção no plano de saúde coletivo empresarial quando, na atividade, a contribuição foi suportada apenas pela empresa empregadora.

Ademais, eis a proposta feita pela Ministra Nancy Andrighi quando da afetação do feito ao rito dos recursos repetitivos:

(...) que seja acrescido à tese já bem delimitada pelo relator a averiguação a respeito da possibilidade de: a) o pagamento na forma de coparticipação configurar contribuição do empregado ao custeio do plano de saúde coletivo empresarial; e b) eventual existência de disposição contratual ou coletiva de trabalho em sentido contrário influenciar a solução da controvérsia (fl. 417).

Feitos os esclarecimentos acima, passa-se ao exame das questões litigiosas apresentadas.

1. Dos planos coletivos custeados integralmente pela empresa e dos benefícios dos arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998

Como cedição, é assegurado ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado *que contribuiu* para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral (arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998).

Extrai-se, assim, que uma das condições exigidas para a aquisição desse direito é o empregado contribuir, na atividade, para o custeio do plano de saúde, não podendo ser considerados para tanto os pagamentos a título exclusivo de coparticipação.

Com efeito, nos termos do art. 30, § 6º, da Lei n. 9.656/1998, não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar, como ocorre nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa.

Eis a redação dos arts. 30, § 6º, e 31, § 2º, da Lei n. 9.656/1998:

Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

(...)

§ 6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

(...)

§ 2º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 30.

Desse modo, contribuir para o plano de saúde significa, nos termos da lei, pagar uma mensalidade, independentemente de se estar usufruindo dos serviços de assistência médica.

A coparticipação, por sua vez, é um fator de moderação, previsto em alguns contratos, que consiste no valor cobrado do consumidor apenas quando utilizar o plano de saúde, possuindo, por isso mesmo, valor variável, a depender do evento sucedido. Sua função, portanto, é a de desestimular o uso desenfreado dos serviços da saúde suplementar.

A propósito, cabe conferir o conceito constante na Resolução Normativa (RN) n. 279/2011 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que regulamentou os arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1997:

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, considera-se:

I – *contribuição: qualquer valor pago pelo empregado, inclusive com desconto em folha de pagamento, para custear parte ou a integralidade da contraprestação pecuniária de seu plano privado de assistência à saúde oferecido pelo empregador em decorrência de vínculo empregatício, à exceção dos valores relacionados aos dependentes e agregados e à co-participação ou franquia paga única e exclusivamente em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou odontológica;* (grifou-se)

Logo, quanto aos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador, não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em convenção coletiva de trabalho, sendo irrelevante a existência de coparticipação, pois, como visto, esta não se confunde com contribuição.

Nesse sentido, a seguinte lição de Luiz Celso Dias Lopes:

(...)

5.1.2 A configuração de contribuição do empregado para o pagamento do prêmio ou contraprestação pecuniária enquanto ativo

O segundo requisito previsto tanto no artigo 30 como no artigo 31, ambos da Lei dos Planos de Saúde, é a contribuição para o pagamento ou custeio do plano, que pode ser na modalidade de pré ou pós-pagamento.

(...)

De acordo com o artigo 30, § 6º, da lei em comento, não é considerada contribuição para fins do direito de manutenção no plano coletivo, a coparticipação do beneficiário, única e exclusivamente, em procedimentos como fator moderador na utilização dos serviços.

Coparticipação e franquia são considerados mecanismos de regulação financeiros e são atualmente regulados pela Resolução do CONSU n. 08/98 que, aliás, também repete no artigo 3º, parágrafo único, a mesma regra prevista na lei acima citada.

Segundo a própria Resolução do CONSU n. 08/98, no seu artigo 3º, I e II, franquia é o valor estabelecido em contrato até o qual a operadora não tem responsabilidade e *coparticipação é a parte efetivamente paga pelo beneficiário à empresa empregadora ou à operadora por ocasião da realização de procedimentos, respectivamente.*

Agiu bem o legislador, pois fosse caracterizada a coparticipação como contribuição a ensejar a garantia de manutenção, ora sob estudo, estar-se-ia criando evidente tratamento desigual a prejudicar a isonomia desejada e necessária.

(LOPES, Luiz Celso Dias. A garantia de manutenção em planos coletivos empresariais para demitidos e aposentados. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pág. 300 - grifou-se)

Por outro lado, impende asseverar que na hipótese de inclusão do empregado em outro plano privado de assistência à saúde (plano superior), possuidor, desta vez, de pagamento de valor periódico fixo (*upgrade*), oferecido pelo empregador em substituição ao originalmente disponibilizado sem a sua participação, incidirão os direitos previstos nos arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998, porquanto tal diferença de contribuição não se caracterizará como fator de moderação.

No ponto, cumpre transcrever o art. 6º, que complementa o art. 2º, I, ambos da RN n. 279/2011 da ANS:

Da Contribuição

Art. 6º Para fins dos direitos previstos nos artigos 30 e 31 da Lei n. 9.656, de 1998, e observado o disposto no inciso I do artigo 2º desta Resolução, *também considera-se contribuição o pagamento de valor fixo, conforme periodicidade contratada, assumido pelo empregado que foi incluído em outro plano privado de*

assistência à saúde oferecido pelo empregador em substituição ao originalmente disponibilizado sem a sua participação financeira.

§ 1º Os direitos previstos nos artigos 30 e 31 da Lei n. 9.656, de 1998, não se aplicam na hipótese de planos privados de assistência à saúde com característica de preço pós-estabelecido na modalidade de custo operacional, uma vez que a participação do empregado se dá apenas no pagamento de co-participação ou franquia em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou odontológica.

§ 2º Ainda que o pagamento de contribuição não esteja ocorrendo no momento da demissão, exoneração sem justa causa ou aposentadoria, é assegurado ao empregado os direitos previstos nos artigos 30 e 31 da Lei n. 9.656, de 1998, na proporção do período ou da soma dos períodos de sua efetiva contribuição para o plano privado de assistência à saúde. (grifou-se)

Nessa vertente, confira-se também a Súmula Normativa n. 8/ANS, de seguinte teor:

Súmula Normativa n. 8, de 27 de junho de 2005

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, no uso da competência que lhe é conferida pelos incisos XVII e XXI, do art. 4º, combinados com o inciso II, do art. 10, ambos da Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, em conformidade com o inciso III, do art. 64 do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa – RN n. 81, de 2 de setembro de 2004:

Considerando que a Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, em seus arts. 30 e 31 e as Resoluções Consu n. 20 e 21, ambas de 23 de março de 1999, garantem ao consumidor, que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º, do art. 1º, da mencionada Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa ou aposentadoria, o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral;

Considerando, ainda, que o § 6º, do art. 30, da referida Lei, determina que nos planos coletivos integralmente custeados pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar;

Por fim, considerando, que o consumidor configura-se contribuinte de outro plano, quando adicionalmente ao plano originalmente disponibilizado, em decorrência de vínculo empregatício, sem qualquer participação do mesmo, contribuir individualmente com mensalidade previamente fixada, inclusive com desconto na folha de pagamento, com a finalidade de acessar, por exemplo, rede

assistencial diferenciada, atendimento hospitalar em acomodação individual ou livre escolha de prestadores, tendo em vista que resulta na modificação das características do plano.

Resolve adotar o seguinte entendimento vinculativo:

Não se caracteriza como fator de moderação, previsto no § 6º, do art. 30, da Lei 9.656, de 1998, o pagamento fixo mensal realizado pelo consumidor, adicionalmente ao plano disponibilizado decorrente de vínculo empregatício e sem a sua participação, com a finalidade de acessar rede assistencial diferenciada, atendimento hospitalar em acomodação individual ou livre escolha de prestadores, entre outros.

Nessas hipóteses, serão assegurados ao consumidor, para o plano ao qual estava vinculado, os direitos previstos nos arts. 30 e 31, da Lei n. 9.656, de 1998 e nas Resoluções Consu n. 20 e 21, ambas de 23 de março de 1999. (grifou-se)

Ademais, quanto à caracterização como salário indireto do plano de assistência médica, hospitalar e odontológica concedido pelo empregador, o art. 458, § 2º, IV, da CLT é expresso em dispor que esse benefício *não possui índole salarial*, sejam os serviços prestados diretamente pela empresa ou por determinada operadora.

Confira-se:

Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações 'in natura' que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

(...)

§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, *não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:*

(...)

IV – *assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde;* (grifou-se)

Efetivamente, o plano de saúde fornecido pela empresa empregadora, mesmo a título gratuito, não possui natureza retributiva, não constituindo salário-utilidade (salário *in natura*), sobretudo por não ser contraprestação ao trabalho. Ao contrário, referida vantagem apenas possui natureza preventiva e assistencial, sendo uma alternativa às graves deficiências do Sistema Único de Saúde (SUS), obrigação do Estado.

Sobre o tema, o Ministro Ives Gandra Martins Filho, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), assim concluiu em voto proferido no Recurso de Revista n. 451318-95.1998.5.01.5555:

(...)

b) Salário *in natura* - Plano de saúde

O plano de saúde oferecido gratuitamente ao empregado, por se revestir de caráter assistencial, representa uma vantagem para o trabalho, e não apenas um conforto para o beneficiado, diante da efetiva carência do sistema público de saúde brasileiro, que não tem condições de oferecer assistência médica satisfatória, e prontamente, para todos que dela necessitam.

Ora, um empregado que depende da lentidão do atendimento médico oferecido pelos hospitais públicos (filas, demora na realização de consultas e de exames, etc.) pode negligenciar os cuidados médicos indispensáveis ou ter a recuperação de sua saúde mais demorada e, por isso, pode estar sujeito a praticar mais faltas ao trabalho, ser mais vulnerável a acidentes de trabalho ou realizar suas tarefas sem motivação, sendo certo que todas essas conseqüências podem gerar prejuízos para a empresa.

O plano de saúde particular oferece atendimento médico imediato ao contratado. Assim, quando a empresa oferece um plano de saúde ao empregado, é manifesto o seu intuito de poder contar com sua mão-de-obra assídua, eficiente e produtiva, não podendo a vantagem ter feição de salário indireto, por não ser contraprestação ao trabalho.

De outro lado, a tese que empresta natureza de salário-utilidade a plano de saúde e a outros benefícios de caráter assistencial, liberalmente concedidos pelas empresas, apenas tem trazido desvantagens e prejuízos para a classe trabalhadora e, também, para a sociedade, por inibir a sua concessão pelo empregador. Nesse sentido, cumpre registrar precedentes desta Corte:

Salário in natura - Assistência médica. Se fornecida gratuitamente a assistência médica, pela sua grande importância para a saúde do trabalhador (importância social, conseqüentemente), não deve gerar acréscimo salarial como "utilidade", sob pena de desestímulo à sua concessão pelo empregador. Recurso de revista parcialmente provido. (TST-RR-181971/95, 3ª Turma, Rel. Min. José Zito Calazans, in DJ de 20/02/98).

As antecipações no campo social, com outorga de direitos além daqueles assegurados pela legislação, não devem sofrer interpretação elástica, sob pena de verdadeira inibição da classe patronal, em prejuízo para os próprios trabalhadores e, até mesmo para a sociedade. (TST-RO-DC-701/81, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, in DJ de 12/08/82).

Se, por um lado, tudo aquilo que o empregado recebe do empregador e que lhe poupa um gasto decorrente de necessidade a ser atendida pelo salário (CF, art. 7º, IV; CLT, art. 76) entraria, em princípio, no conceito de salário indireto, por outro, a liberalidade decorrente da concessão gratuita de plano de saúde, mais do que poupar gasto, constitui comodidade ofertada pelo empregador, já que o trabalhador conta, em princípio, com o serviço público de saúde, mais demorado e de pior qualidade, mas que atende à necessidade que o salário visaria a cobrir. (TST, RR-451318-95.1998.5.01.5555, Rel. Ministro *Ives Gandra Martins Filho*, DJ de 30/5/2003 - grifou-se)

No mesmo sentido, cumpre colacionar também o seguinte julgado:

I - *Recurso de revista do reclamado.*

(...)

Salário e remuneração. Integração. Plano de saúde.

O inciso IV do parágrafo 2º do artigo 458 da CLT é expresso ao esterilizar de cunho salarial os valores pertinentes à assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde.

Recurso de Revista conhecido e provido, no particular. (TST, RR-9962700-09.2003.5.04.0900, Rel. Ministro *Emmanoel Pereira*, DEJT 18/9/2009)

Vale destacar, ainda, os ensinamentos de Mauricio Godinho Delgado, doutrinador e Ministro do TST:

(...)

III. *Meios de pagamento salarial: salário-utilidade*

Autoriza o Direito do Trabalho o pagamento do salário em pecúnia (dinheiro, moeda nacional) ou em bens ou serviços, designados sob o epíteto genérico de utilidades (art. 458, *caput*, CLT). Institucionaliza, assim, o ramo justrabalhista o salário-utilidade ou *in natura*.

1. *Caracterização do Salário-utilidade*

Não considera, porém, a ordem jurídica que todo fornecimento de bens ou serviços (utilidades) pelo empregador ao empregado ao longo do contrato configure-se como salário in natura; nem todo fornecimento de utilidades assume, portanto, natureza salarial. Há requisitos à configuração do salário-utilidade, sem cuja presença a parcela fornecida não se considera como parte integrante do salário contratual obreiro.

(...)

Na mesma medida, também *não constituirá salário-utilidade o bem ou serviço ofertado em cumprimento de dever legalmente imposto ao empregador.*

(...)

Nesse contexto, ações que atendam ao cumprimento de um dever legal imposto ao empregador não configurariam salário-utilidade. Enquadrar-se-iam nesse rol, como já visto, o fornecimento de serviços educacionais (arts. 205, 212, § 5º, CF/88; DL n. 1.422/75). No mesmo grupo, o fornecimento de vale-transporte (Leis n. 7.418/85 e 7.619/87). Ainda neste grupo, o fornecimento de equipamentos de proteção individual em circunstâncias laborais perigosas ou insalubres — os chamados EPIs (arts. 157, 158, 168, 200 e 458, § 2º, CLT).

Também poderia ser acrescentada a esse rol a oferta de serviços de saúde. É que a Constituição da República assegura a saúde como direito do indivíduo e dever não apenas do Estado como também da própria sociedade e, em consequência, da empresa (art. 194, *caput*). Por essa razão, considera de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197), elegendo como uma das diretrizes fundamentais para a concretização dessas ações e serviços a participação da comunidade (art. 198). Aduz, ainda, o Texto Magno que as ações relativas à saúde do trabalhador são parte integrante essencial do sistema único de saúde (art. 200, II, CF/88). Completa a Constituição sua visão acerca da seguridade e saúde comunitárias estabelecendo que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social” (art. 193; grifos acrescentados), fixando, para tanto, como direito dos trabalhadores “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII, CF/88).

(...)

(...) Nessa linha, se a propriedade e, em consequência, a chamada livre-iniciativa, têm função realmente social, elas terão o resultante dever de atender a certos interesses tidos como comunitários — educação e saúde, à frente (art. 1º, IV; art. 5º, XXIII, CF/88). Parte significativa da jurisprudência, entretanto, mantinha-se na tradicional posição de enxergar em ações e serviços de educação e saúde ofertados pelo empregador ao empregado um mero acréscimo *in natura* do salário obreiro.

Hoje, a ordem jurídica já percebeu o avanço constitucional, lançando, como regra legal, os critérios excludentes acima expostos.

*De fato, não se consideram mais, hoje, salário-utilidade no Brasil, além dos equipamentos utilizados para viabilizar ou aperfeiçoar a prestação contratual laborativa, também outros bens e serviços que configuram dever-legal (ou dever-constitucional) do empregador. Trata-se das seguintes utilidades: “educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos à matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático” (inciso II do § 2º do art. 458, da CLT, conforme Lei n. 10.243/2001); transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público (inciso III do § 2º do art. 458, da CLT, segundo Lei n. 10.243/2001); **assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde (inciso IV do § 2º do art. 458, da CLT, a***

teor da Lei n. 10.243/2001); seguros de vida e de acidentes pessoais (inciso V do § 2º do art. 458, da CLT, à luz da Lei n. 10.243/2001); previdência privada (inciso VI do § 2º do art. 458, da CLT, segundo a Lei n. 10.243/2001).

(DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 14ª ed., São Paulo: LTr, 2015, págs. 799-803 - grifou-se)

Em outras palavras,

(...) o objetivo do legislador, ao editar os arts. 30 e 31 da Lei 9.656/98, foi proteger aquele trabalhador que por anos contribuiu efetivamente ao custeio da mensalidade do plano de saúde e foi surpreendido com a demissão sem justo motivo. A intenção da norma claramente é proteger esse tipo de situação, na qual o empregado encontra-se extremamente fragilizado, com uma perda abrupta de seu poder aquisitivo e com a possibilidade de perda também da cobertura assistencial para a qual contribuiu enquanto esteve empregado. Daí depreende-se que estender o benefício para situações que não se enquadram no referido contexto acaba por desvirtuar por completo o propósito em si da Lei.

E não é só.

A própria Legislação Trabalhista, ao delimitar a composição do salário, expressamente consigna que não estão incluídas utilidades concedidas pelo empregador, tais como assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde (...)

(...)

Ou seja, não se pode presumir que o pagamento do plano pelo empregador seria "salário indireto", carecendo da mais basilar fundamentação legal (fls. 754 e 759 - manifestação do IESS - grifou-se).

Nesse passo, cumpre assinalar que a jurisprudência desta Corte Superior sobre a matéria já se encontra pacificada no mesmo sentido, como se observa dos seguintes precedentes:

Agravo interno nos embargos de divergência. Manutenção de ex-empregado em plano de saúde empresarial. Custeio. Contribuição laboral. Definição. Alcance. Consonância do acórdão embargado com a jurisprudência da Corte. Súmula 168/STJ. Inadmissibilidade dos embargos de divergência. Agravo interno desprovido.

1. O acórdão embargado acompanha o entendimento uníssono desta Corte, no sentido de que, no plano de saúde coletivo integralmente custeado pela empresa, o ex-empregado não faz jus ao direito de continuidade da cobertura assistencial após o término do vínculo empregatício, quando seu aporte limitou-se ao pagamento de coparticipação, que não ostenta a natureza de contribuição ou de salário, direto ou indireto, conforme se deduz na interpretação dos arts. 30

e 31 da Lei 9.656/98, dos arts. 1º e 2º da Resolução Normativa ANS 279/2011, da Súmula Normativa ANS 8/2005 e do art. 458, § 2º, IV, da CLT.

2. A modificação promovida pela Lei 10.243/2001 no art. 458 da CLT, conforme se depreende da leitura da exposição de motivos do respectivo projeto de lei, comprova que o objetivo do legislador, ao afastar a natureza salarial das “utilidades” que descreve, inclusive a “assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde”, é “estimular as empresas a concederem benefícios” sociais aos empregados, “sem ônus subsequente de outra natureza”.

3. A contribuição diretamente feita pelo ex-empregado é imposição legal para a continuidade da cobertura assistencial após o término do vínculo empregatício, não se prestando para isso a única e exclusiva coparticipação.

4. Incidência da Súmula 168/STJ, segundo a qual “não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

5. Agravo interno desprovido. (AgInt nos EREsp n. 1.656.203/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) Segunda Seção, DJe 6/3/2018)

Processual Civil. Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Acórdão embargado publicado na vigência do CPC/2015. Plano de saúde. Manutenção. Aposentado. Custeio por coparticipação. Impossibilidade. Acórdão embargado conforme a jurisprudência do STJ. Não cabimento dos embargos de divergência. Decisão mantida.

1. A jurisprudência de ambas as turmas que compõem esta *Segunda Seção* firmou-se no mesmo sentido do acórdão embargado, segundo o qual não faz jus à manutenção no plano de saúde da época da ativa o ex-empregado que participava do custeio apenas por coparticipação.

(...)

4. Agravo interno a que se nega provimento. Honorários recursais arbitrados *ex officio*, sanada omissão na decisão ora agravada. (AgInt nos EREsp n. 1.649.709/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe 13/11/2017)

Civil e Processo Civil. Agravo interno no recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Plano de saúde. Demissão sem justa causa de ex-empregado aposentado. Manutenção da assistência médica. Art. 31 da Lei n. 9.656/98. Requisitos não preenchidos. Vigência do contrato de trabalho. Contribuição exclusiva do empregador. Coparticipação do beneficiário. Irrelevância. Fator de moderação. Salário indireto. Descaracterização. Decisão monocrática proferida antes da afetação do tema. Suspensão do feito. Não cabimento. Agravo não provido. Decisão mantida.

(...)

2. A Terceira Turma desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.594.346/SP, de relatoria do em. Min. *Ricardo Villas Bôas Cueva*, firmou orientação de que 1) nos termos dos arts. 30 e 31, ambos da Lei n. 9.656/98, assegura-se ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado que contribuiu para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava na vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral; 2) não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar; 3) contribuir para o plano de saúde significa pagar uma mensalidade, independentemente de estar usufruindo dos serviços de assistência médica, e que a coparticipação, por sua vez, é um fator de moderação, com a função de desestimular o uso desenfreado dos serviços da saúde suplementar; 4) o plano de assistência médica, hospitalar e odontológica concedido pelo empregador não pode ser enquadrado como salário indireto, sejam os serviços prestados diretamente pela empresa ou por determinada operadora (art. 458, § 2º, IV, da CLT); e, 5) nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa, prevista em contrato ou em convenção coletiva de trabalho, sendo irrelevante a existência de coparticipação, pois esta não se confunde com contribuição.

3. A afetação de recurso representativo da controvérsia não impõe, necessariamente, a suspensão dos feitos em curso no Superior Tribunal de Justiça, mormente no caso dos autos, em que a decisão proferida no apelo nobre antecedeu a submissão do tema ao julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos.

4. O beneficiário não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado para dar provimento ao recurso especial manejado pela operadora do plano de saúde.

5. Agravo interno não provido. (Aglnt no REsp n. 1.722.921/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 15/6/2018)

Agravo interno. Recurso especial. Plano de saúde coletivo empresarial. Ex-empregado aposentado. Assistência médica. Manutenção. Art. 31 da Lei n. 9.656/1998. Requisitos não preenchidos. Contribuição exclusiva do empregador.

1. Não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador, salvo disposição contrária expressa, prevista em contrato ou em convenção coletiva de trabalho, sendo irrelevante a existência de coparticipação, a qual não se confunde com contribuição. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento. (PET no AREsp n. 994.902/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 20/3/2018)

Agravo interno no recurso especial. Plano de saúde coletivo. Manutenção da assistência médica em benefício do ex-empregado. Necessidade de prévia contribuição ao plano distinta da coparticipação. Agravo desprovido.

1. Nos termos do art. 30, § 6º, da Lei 9.656/1998, a prévia contribuição exigida como requisito para a manutenção do plano de saúde pelo ex-empregado, demitido sem justa causa ou aposentado, consiste no pagamento de uma mensalidade, independentemente da utilização do plano, não se prestando para tal fim a coparticipação pela utilização eventual dos serviços de assistência médica ou hospitalar, como ocorre nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa. Orientação jurisprudencial pacificada no âmbito da Segunda Seção do STJ.

2. Agravo interno desprovido. (AglInt no REsp n. 1.686.929/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 8/3/2018)

Agravo interno no recurso especial. Plano de saúde coletivo. Ex-empregado. Manutenção do contrato. Impossibilidade. Art. 31 da Lei 9.656/98. Salário indireto. Não configuração.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada do STJ, o direito à manutenção nos planos de saúde coletivos empresariais dos ex-empregados demitidos sem justa causa ou aposentados restringe-se aos casos em que os beneficiários contribuíam para o pagamento do prêmio ou da contribuição mensal, não se aplicando quando houve o custeio integral das mensalidades pela empresa. Precedentes.

2. *Agravo interno a que se nega provimento.* (AglInt no REsp n. 1.687.839/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 2/2/2018)

Agravo interno no recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Manutenção no plano de saúde. Coparticipação. Ausência de contribuição efetiva pelo ex-empregado. Direito não conferido. Inovação. Não conhecimento. Limites do pedido. Agravo não provido.

1. Os valores pagos pelo ex-empregado exclusivamente a título de coparticipação ou franquia em procedimentos não caracterizam contribuição e, assim, não garantem o direito de manutenção no plano de saúde coletivo empresarial previsto nos artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98.

2. O custeio do plano de saúde coletivo empresarial pelo empregador não caracteriza salário-utilidade (salário *in natura*), por não haver comutatividade quanto a tal valor, não podendo, portanto, ser considerado salário indireto.

3. Agravo interno não provido. (AglInt no REsp n. 1.630.969/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 2/10/2017)

Agravo interno em recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Manutenção de ex-empregado em plano de saúde empresarial. Decisão monocrática dando

parcial provimento ao recurso especial da operadora de plano de saúde, a fim de determinar o retorno dos autos à origem para verificar se de fato houve contribuição por parte do beneficiário e proceder ao rejuízo da causa. Insurgência do autor.

1. Conforme interpretação conferida por esta Corte Superior aos artigos 30 e 31 da Lei n. 9.656/98, os ex-empregados que durante a vigência do contrato de trabalho não realizaram qualquer pagamento em prol do plano de saúde empresarial em que buscam se manter, ou eventualmente se limitaram a pagar apenas valores relativos a coparticipação (fator moderador), sem contribuir diretamente com a respectiva mensalidade, não fazem jus à continuidade da cobertura assistencial após o término do vínculo empregatício.

2. No caso concreto, as instâncias ordinárias não foram conclusivas sobre o efetivo pagamento de mensalidade do plano de saúde por parte do beneficiário/ agravante, e considerando que dessa conclusão depende o deslinde da controvérsia, tem-se que os autos devem retornar ao Tribunal *a quo* a fim de que, apurado esse fato – e desconsiderados, nessa apuração, eventuais pagamentos a título de coparticipação – julgue-se novamente a causa.

3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.608.348/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 25/8/2017)

Processual Civil. Recurso especial. Plano de saúde coletivo empresarial. Aposentado. Direito de manutenção. Requisitos. Coparticipação. Insuficiente. Contribuição exclusiva da empresa.

1. Ação ajuizada em 24/01/2014. Recurso especial interposto em 25/11/2015 e atribuído ao Gabinete em 08/09/2016. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal consiste em definir a quem é assegurado, após a cessação do vínculo empregatício por aposentadoria ou demissão sem justa causa, o direito de manutenção como beneficiário de plano de saúde coletivo empresarial, previsto nos arts. 30 e 31, da Lei 9.656/98.

3. Nos termos dos arts. 30 e 31 da Lei 9.656/98, não há direito de manutenção do ex-empregado como beneficiário de plano de saúde coletivo, cuja contribuição foi exclusivamente custeada pelo empregador.

4. A mera coparticipação nos procedimentos utilizados pelo consumidor não é suficiente para assegurar-lhe o direito de permanência na apólice, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho.

5. Recurso especial provido. (REsp n. 1.615.760/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/6/2017)

Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Manutenção do ex-empregado demitido sem justa causa (e seus dependentes) na condição de beneficiários

do plano de saúde coletivo empresarial. Hipótese em que a contribuição fora custeada integralmente pelo empregador/estipulante.

1. O ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa que contribuiu para plano privado de assistência à saúde - em decorrência de vínculo empregatício -, tem direito a ser mantido na condição de beneficiário, nas mesmas condições da cobertura assistencial que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral da contribuição (mensalidade/prêmio) devida à operadora (artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98).

2. O conceito de contribuição abrange apenas as quantias destinadas ao custeio, parcial ou integral, da própria mensalidade ou do prêmio cobrado pela operadora de plano de saúde, independentemente da efetiva utilização de serviços médicos ou odontológicos. Tal definição alcança ainda o pagamento fixo mensal realizado pelo ex-empregado com o intuito de upgrade, isto é, acesso a rede assistencial superior em substituição ao plano originalmente disponibilizado pelo empregador, para o qual não havia participação financeira do usuário. Inteligência dos artigos 2º e 6º da Resolução Normativa ANS 279/2011 e da Súmula Normativa ANS 8/2005.

3. De outro lado, em se tratando de plano privado de assistência à saúde integralmente custeado pelo empregador/estipulante, as quantias despendidas pelo ex-empregado, única e exclusivamente, a título de coparticipação (percentual incidente sobre as despesas médicas/odontológicas efetivamente realizadas pelo usuário), como fator de moderação na utilização dos serviços, não caracterizam contribuição a ensejar a incidência da benesse legal. Exegese defluente do § 6º do artigo 30 da Lei 9.656/98.

4. Ademais, o custeio do plano de saúde coletivo empresarial pelo empregador/estipulante não se subsume ao conceito de salário-utilidade (salário *in natura*), por não ostentar a característica da comutatividade, ou seja, não configura retribuição ao trabalho prestado pelo empregado. Cuida-se de incentivo de caráter assistencial concedido por alguns empregadores com o objetivo de garantir a assiduidade, a eficiência e a produtividade dos empregados, não podendo, portanto, ser considerado salário indireto.

5. Nesse contexto, os ex-empregados não contribuintes - aqueles que não realizam pagamento sequer parcial de prêmio ou mensalidade do plano de saúde coletivo empresarial, limitando-se ao pagamento de coparticipação - não fazem jus ao direito de continuidade da cobertura assistencial após o término do vínculo empregatício. Precedente da Terceira Turma: REsp 1.594.346/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09.08.2016, DJe 16.08.2016.

6. Recurso especial provido para julgar improcedente a pretensão deduzida na inicial. (REsp n. 1.608.346/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 30/11/2016)

Recurso especial. Civil. Plano de saúde coletivo empresarial. Ex-empregado aposentado. Manutenção da assistência médica. Art. 31 da Lei n. 9.656/1998. Requisitos não preenchidos. Vigência do contrato de trabalho. Contribuição exclusiva do empregador. Coparticipação do usuário. Irrelevância. Fator de moderação. Salário indireto. Descaracterização.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se o ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa faz jus à manutenção no plano de saúde coletivo empresarial quando, na atividade, a contribuição foi suportada apenas pela empresa empregadora.

2. É assegurado ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado que contribuiu para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral (arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998).

3. Nos termos dos arts. 30, § 6º, e 31, § 2º, da Lei n. 9.656/1998, não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

4. Contribuir para o plano de saúde significa, nos termos da lei, pagar uma mensalidade, independentemente de se estar usufruindo dos serviços de assistência médica. A coparticipação, por sua vez, é um fator de moderação, previsto em alguns contratos, que consiste no valor cobrado do consumidor apenas quando utilizar o plano de saúde, possuindo, por isso mesmo, valor variável, a depender do evento sucedido. Sua função, portanto, é a de desestimular o uso desenfreado dos serviços da saúde suplementar.

5. O plano de assistência médica, hospitalar e odontológica concedido pelo empregador não pode ser enquadrado como salário indireto, sejam os serviços prestados diretamente pela empresa ou por determinada operadora (art. 458, § 2º, IV, da CLT). Com efeito, o plano de saúde fornecido pela empresa empregadora, mesmo a título gratuito, não possui natureza retributiva, não constituindo salário-utilidade (salário *in natura*), sobretudo por não ser contraprestação ao trabalho. Ao contrário, referida vantagem apenas possui natureza preventiva e assistencial, sendo uma alternativa às graves deficiências do Sistema Único de Saúde (SUS), obrigação do Estado.

6. Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa, prevista em contrato ou em convenção coletiva de trabalho, sendo irrelevante a tão só existência de coparticipação, pois esta não se confunde com contribuição.

7. Recurso especial provido. (REsp n. 1.594.346/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 16/8/2016)

O TST também perfilha do entendimento de ser indevida a manutenção de plano de saúde para os empregados desligados quando o plano é custeado inteiramente pelo empregador, não sendo os descontos a título de coparticipação considerados como contribuição, nos termos do art. 30, § 6º, da Lei n. 9.596/98 (AgR-AIRR n. 891-97.2012.5.03.0064, Rel. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 2/3/2018; AIRR n. 12462-42.2015.5.15.0059, Rel. Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 25/8/2017; e AIRR n. 94-16.2014.5.05.0026, Rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 3/7/2017).

Por fim, como assinalado pela FENASAÚDE,

(...)

47. Afinal, ainda que os ex-funcionários assumam, a partir de seu desligamento, o pagamento da integralidade do valor do prêmio, é certo que o número de vidas da apólice coletiva irá aumentar sem um estudo prévio e sem o correto cálculo atuarial e respectiva adequação do valor do prêmio, tendo as seguradoras que arcarem sozinhas com esse prejuízo.

48. Sabe-se que o valor do prêmio do seguro saúde pago pelos beneficiários de uma apólice, quer seja coletiva, quer seja individual, leva em consideração diversos fatores, dentre os quais o número de vidas, o número de dependentes, a idade dos beneficiários, os fatores de risco, as doenças preexistentes, as epidemias, entre outros.

49. Portanto, nos planos coletivos empresariais em que as mensalidades ou prêmios são pagos exclusivamente pelas empresas estipulantes, as operadoras de plano de saúde estão preparadas para prestar serviços ou arcar com a cobertura dos custos de assistência à saúde apenas dos empregados ativos, sendo certo que a expectativa de custos e, conseqüentemente, o valor do prêmio ou mensalidade, foram estimados de acordo com o número de vidas e a faixa de idade desses funcionários ativos, dentre os demais fatores.

(...)

51. Embora as atividades das operadoras de plano de saúde tenham elevada relevância social, estão pautadas em cálculos atuariais que refletem o quanto cada beneficiário precisa contribuir para o fundo comum para poder manter saudável o sistema de saúde suplementar. Permitir o ingresso de todas as pessoas, independentemente da sua contribuição ou não, nada mais é do que ferir esse fundo e atribuir à toda a massa de segurados a obrigação de pagar prêmios mais elevados.

52. Vale ressaltar, por fim, que o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, III, prevê a necessidade de harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da defesa dos consumidores com o desenvolvimento econômico, visando proteger os princípios constitucionais em que se fundam a ordem econômica.

53. Assim, equiparar as seguradoras e operadoras de plano de saúde ao Estado, sob o aspecto da garantia do fornecimento ilimitado e universal à saúde, nada mais é do que prejudicar, em última instância, todos os segurados/beneficiários que

mensalmente contribuem para o plano, bem como desestimular as empresas que garantem esse tipo de benefício aos seus funcionários. (fls. 523/525 - grifou-se)

2. Da tese jurídica

Diante do explanado, fixa-se a seguinte tese para efeitos dos arts. 1.038 e 1.039 do CPC/2015:

Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho, não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto.

3. Da resolução do caso concreto

No caso dos autos, observa-se que o autor, no decurso do contrato de trabalho, não contribuía para o plano de saúde, visto que apenas arcava com os custos de coparticipação, classificados tão somente como fator de moderação. Em outras palavras, a contribuição era suportada integralmente pela empregadora (Gerdau Aços Longos S.A.). Assim, em virtude da ausência de parcela fixa periódica (mensalidade), somada ao fato de não se enquadrar o serviço oferecido como salário indireto, não pode o demandante permanecer como beneficiário após se tornar inativo, pois não preenchidos os requisitos de custeio exigidos pelos arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998.

De fato, não procede a pretensão ventilada na inicial, já que para os arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998 há a necessidade de contribuição do empregado, entendida esta como a parte paga referente à mensalidade do plano de saúde, em nada se confundindo com a cota de coparticipação, que é apenas a parte paga relacionada com os procedimentos utilizados nos serviços de assistência médica e hospitalar, como medida inibitória do uso indiscriminado pelos usuários.

4. Do dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, invertidos os ônus de sucumbência.

É o voto.