



---

**Terceira Turma**



---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.280.218-MG (2011/0169279-7)**

---

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogados: Rafael Martins Pinto da Silva e outro(s)

Cristiano Kinchescki e outro(s)

Recorrido: Edificadora S/A e outros

Advogados: Sara Regina de Oliveira e outro(s)

Affonso Henriques Prates Correia e outro(s)

Eduardo Antonio Lucho Ferrão

Edson Queiroz Barcelos Júnior

---

**EMENTA**

Direito Civil. Recurso especial. Embargos à execução. 1. Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistente. Violação do art. 535 do CPC/1973. Afastada. 2. Contrato internacional. Legislação aplicável. Eleição. Prazo prescricional. Validade. Violação da ordem pública. Não configurada. Prescrição. Afastada. 3. Fato do príncipe. Efeitos sobre contratos privados. Inadimplemento. Rompimento do liame objetivo. Restituição das partes ao *status quo ante*. 4. Condição suspensiva expressa. Absoluta impossibilidade jurídica. Reconhecida. Negócio jurídico subordinado. Invalidade. Art. 116 do CC/1916. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

1. Não configura violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido expõe, de forma expressa e coerente, os fundamentos adotados como razão de decidir.

2. Em contratos internacionais, é admitida a eleição de legislação aplicável, inclusive no que tange à regulação do prazo prescricional aplicável. Prescrição afastada, *in casu*, diante da aplicação do prazo previsto na lei contratualmente adotada (lei do Estado de Nova Iorque - Estados Unidos da América).

3. O fato do príncipe, caracterizado como uma imposição de autoridade causadora de dano, de um lado, viabiliza a responsabilização

do Estado; e, de outro, rompe do liame necessário entre o resultado danoso e a conduta dos particulares, configurando, em disputas privadas, nítida hipótese de força maior.

4. Assim, reconhecida a absoluta impossibilidade jurídica de cumprimento do contrato entre particulares, devem as partes serem restituídas ao *status quo ante*. No caso, resolve-se o contrato de cessão e de empréstimo a ele vinculado, devendo os montantes liberados serem restituídos ao Banco e recobrando a construtora os direitos relativos aos créditos cedidos.

5. Constante do contrato cláusula suspensiva, juridicamente impossível, tem-se configurada a específica hipótese de incidência do art. 116 do Código Civil de 1916, vigente à época, e, por consequência, a invalidade dos negócios a ela subordinados. Desse modo, também por essa via, impõe-se a restituição das partes ao *status quo ante*.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Presidente), que lavrará o acórdão.

Vencido o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Votaram com o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Isabel Galotti.

Impedidos os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 21 de junho de 2016 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

---

DJe 12.8.2016

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Banco do Brasil S/A* em face de acórdão do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

Extrai-se dos autos que *Edificadora S/A*, um das empresas da *holding Mendes Júnior Participações S/A*, prestou serviços ao governo do Iraque desde o final da década de 70 até o início da década de 90.

O governo brasileiro atuou como interlocutor junto às autoridades iraquianas, pois era do interesse nacional exportar bens e serviços para aquele país, de modo a contrabalançar a alta dependência do Brasil ao petróleo do Oriente Médio.

Na década de 80, o Iraque entrou em guerra contra o Irã, deixando de honrar os seus compromissos financeiros com a *Mendes Júnior*, o que levou à paralisação das obras, em 1987.

Houve, então, negociações entre a construtora e os governos brasileiro e iraquiano para que as obras fossem retomadas.

Como resultado das negociações, o governo brasileiro celebrou com a *Mendes Júnior*, em julho de 1989, um “contrato de cessão de créditos” pelo qual a construtora cedia os créditos que detinha com o governo do Iraque, recebendo, em compensação, a amortização/liquidação de dívidas contraídas com o Banco do Brasil.

Em outubro de 1989, *Mendes Júnior International Company* e o *BB Grand Cayman* (subsidiária do *Banco do Brasil*) celebraram, em Nova York, um contrato de empréstimo (*loan agreement*) da ordem de 45 milhões de dólares, com o objetivo de restaurar a liquidez da construtora, abalada pela inadimplência do governo iraquiano.

Menos de um ano depois, porém, em agosto de 1990, o Iraque iniciou uma guerra de agressão contra o Kuwait, o que culminou com o envolvimento de diversas potências beligerantes na chamada “Guerra do Golfo”.

No mesmo mês, o Conselho de Segurança da ONU (Organização das Nações Unidas) impôs um embargo econômico ao Iraque.

O Brasil, como membro da ONU, aderiu ao embargo, emitindo, no âmbito interno, o Decreto n. 99.441/1990.

Por força desse decreto, a *Mendes Júnior* viu-se obrigada a encerrar suas atividades no Iraque.

A partir de então, surgiu controvérsia a respeito da eficácia da abrangência cessão de créditos.

Sob a ótica do *Banco do Brasil*, ora recorrente, a cessão estaria subordinada a uma condição suspensiva, que seria o reconhecimento e pagamento, pelo governo iraquiano, dos créditos alegados pela *Mendes Júnior*.

Com a deflagração da guerra e o rompimento de relações comerciais com o Iraque, não foi possível obter o reconhecimento da dívida perante o governo iraquiano.

Sendo juridicamente impossível a realização da condição suspensiva, a cessão de créditos seria ineficaz, não havendo falar em amortização ou liquidação dos empréstimos contraídos pela *Mendes Júnior*.

Ainda que abstraída a questão da natureza da cessão, entende o *Banco do Brasil* que a cessão não abrangeria o *loan agreement*, pois este contrato fora celebrado em data posterior à cessão.

Com base nesses entendimentos, o *Banco do Brasil* ajuizou execução contra a *Mendes Júnior e Outros*, perante o juízo de origem, com base no *loan agreement* e nas notas promissórias emitidas em garantia.

O juízo de origem acolheu o argumento de que o *loan agreement* não estaria abrangido pela cessão de créditos e julgou improcedentes os embargos opostos à execução (fls. 851/856).

Em grau de apelação, o Tribunal de origem reformou a sentença para extinguir a execução, sob fundamento de ausência de certeza e liquidez do título executivo, acolhendo a tese de “fato do príncipe”.

O acórdão recorrido foi sintetizado nos seguintes termos:

Embargos à execução. Prescrição dos títulos. Aplicação da lei estrangeira. Nulidade de sentença afastada. Contrato de empréstimo e notas promissórias vinculadas a cessão de crédito. Fato do príncipe. Iliquidez e incerteza aferidas. Impossibilidade de prosseguimento da execução. Procedência da incidental. Honorários advocatícios fixação. Equidade e moderação.

Estabelecendo o título que a Lei de Nova York será aplicada no caso de execução do contrato, devem ser obedecidos os prazos prescricionais da lei estrangeira, o que não atenta contra a ordem pública do nosso país.

Não é nula a sentença que contém os requisitos estampados no artigo 458 do Código de Processo Civil, visto que havendo fundamentação, ainda que sucinta, de modo a transparecer as razões da convicção do julgador, não há de se lhe atribuir nulidade.

Verificando-se do contexto histórico que ensejou a emissão dos títulos excutidos, bem como das provas acostadas aos autos que o contrato e notas promissórias que embasaram a demanda executiva encontram-se vinculados a pacto de cessão de crédito e que, ainda, em decorrência de fato do príncipe, o Governo Brasileiro, sub-rogou-se na responsabilidade pelo pagamento dos créditos ali inseridos, ausente a certeza e liquidez exigidos pelo nosso ordenamento como necessários aos títulos que sustentam execução.

Os honorários advocatícios fixados em razão da sucumbência estão adstritos a critérios de valoração delineados na lei processual, quais sejam, o grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, sendo que, em se tratando de embargos à execução de grande complexidade em que a tramitação do feito se arrastou por vários anos e, ainda, que não houve condenação, justifica-se que essa verba seja arbitrada em valor certo, em conformidade com a realidade traçada nos autos. (fl. 949)

Daí a interposição do presente recurso especial pelo *Banco do Brasil*, no qual alega violação dos arts. 20, 118, 120 e 1.073 do Código Civil de 1916 (atualmente arts. 44, 985, 997, 125, 129 e 295 do Código Civil de 2002), o arts. 535, incisos I e II, e 596 do Código de Processo Civil e art. 19, inciso I, alínea *f*, e inciso VII, da Lei n. 4.595/1964, a albergar as seguintes teses recursais: (a) negativa de prestação jurisdicional; (b) inaplicabilidade da cessão de crédito ao caso concreto; (c) impossibilidade de se confundir as pessoas jurídicas da União e do Banco do Brasil S/A; (d) ausência de responsabilidade pelo fato do príncipe.

Contrarrazões às fls. 1.156/1.186.

O recurso especial foi inadmitido na origem, tendo-se dado provimento ao agravo (Ag 813.112/MG) para determinar a subida dos autos.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas, o recurso especial merece parcial provimento.

Inicialmente, não há nulidade por omissão, tampouco negativa de prestação jurisdicional, no acórdão que decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia posta. O Tribunal de origem, no caso, julgou com fundamentação suficiente a matéria devolvida à sua apreciação. Ademais, o juízo

não está obrigado a se manifestar a respeito de todas as alegações e dispositivos legais suscitados pelas partes.

No mérito, a questão central da controvérsia diz respeito, em síntese, à interpretação das seguintes cláusulas do contrato de cessão de créditos, *litteris*:

*Cláusula Primeira: Mendes Junior **cede ao banco**, e este aceita os créditos decorrentes da indenização dos direitos reclamados pela Mendes Junior no contexto da execução dos contratos de construção celebrados com os seguintes organismos estatais iraquianos: [...].*

.....  
*Cláusula Terceira: Os supramencionados créditos da Mendes Junior foram submetidos a exame dos consultores internacionais especializados Arthur Andersen S/C e Thomas Akroyd Consultants, havendo os respectivos pareceres concluído pela procedência dos direitos àqueles créditos.*

.....  
*Cláusula Quarta: Os créditos cedidos pela Mendes Junior ao Banco, e identificados na cláusula terceira acima, dentro da ordem de prioridade e até os seus respectivos montantes, destinar-se-ão a:*

a) liquidação, junto à BB-Leasing Co. Ltd. empresa coligada ao Banco, dos compromissos da Mendes Junior sob o "Lease Agreement" celebrado em 6.6.1986, [...];

b) ressarcimento, ao Banco, dos valores resultantes de eventual execução, pelas entidades iraquianas, das garantias emitidas pelo Banco para cobertura dos débitos e compromissos da Mendes Junior no Iraque, [...];

c) amortização, junto ao Banco, nos novos prazos pactuados, dos valores já emprestados à Mendes Junior, para a solução de problemas de liquidez da empresa.

.....  
*Cláusula Sétima: A presente cessão é celebrada sob a condição de que os créditos, objeto do contrato, sejam reconhecidos e pagos pelos organismos estatais iraquianos devedores, mencionados na cláusula primeira.*

*Cláusula Oitava: Não constituindo o presente contrato novação quanto a pagamentos, prazos, importâncias e demais condições das obrigações da Mendes Junior para com o Banco, este só lhe dará quitação dos débitos quando efetivamente receber os respectivos valores de seus créditos, podendo o Banco, desde que o Governo Iraquiano não reconheça os créditos objeto deste Contrato, no prazo de 18 meses, [...], exigi-los diretamente da Mendes Junior.*

(fls. 158/163, sem grifos no original)

O Tribunal *a quo*, analisando o preâmbulo do contrato, as cláusulas supracitadas e o contexto histórico anterior e posterior à celebração, entendeu



que os créditos teriam sido cedidos ao *Banco do Brasil* e que a cessão, inicialmente condicional, teria se tornado incondicional em razão do fato do príncipe (embargo econômico ao Iraque).

A propósito, transcreve-se o seguinte trecho do acórdão recorrido:

Tal disposição [cláusula primeira] demonstra que o banco não firmou o contrato como mandatário do Governo, mas em seu nome próprio como cessionário dos créditos da Mendes Junior, devidos pelo Governo Iraquiano, tanto que foi o Banco do Brasil quem nomeou a Petrobrás como sua mandatária no recebimento dos créditos oriundos do Iraque, como se infere da cláusula quinta do pacto.

.....

Nesse sentido, entendo que a declaração expressa no contrato de cessão de crédito tornou-se incondicional, já que o seu cumprimento mostrou-se inviável, em razão do embargo econômico a que aderiu o Brasil [...]. Como consequência do fato do príncipe, o Governo Brasileiro, através da União, tomou para si as responsabilidades contratuais da Mendes Junior junto ao Governo Iraquiano.

.....

Dessa forma, não restam dúvidas de que o exequente, Banco do Brasil, na qualidade de titular do créditos cedidos pela Mendes Júnior, relativos ao Governo do Iraque, não pode exigir o seu pagamento, visto que os executados não poderiam mais fazê-lo, a uma porque não são mais titulares do crédito, tendo em vista a cessão realizada e a duas, em decorrência do fato do príncipe ocorrido sem a sua participação (fl. 982/990, *passim*)

Essas conclusões o Tribunal *a quo*, porque fundadas na interpretação do contrato de cessão e na análise do contexto histórico da época, são incontrastáveis no âmbito desta Corte Superior, em razão do óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

Outra questão controvertida diz respeito à abrangência do contrato de cessão de créditos, que, segundo o *Banco do Brasil*, somente alcançaria débitos anteriores à celebração do contrato.

Nesse ponto, também incide o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ, pois o Tribunal de origem, com base na cláusula quarta e, também, no contexto histórico do contrato, concluiu que o *loan agreement* estaria abrangido pela cessão de créditos, embora celebrado em data posterior.

A propósito, confira-se o seguinte trecho do acórdão recorrido:

Tais estipulações, certamente, enquadram-se no que estipula o item c da cláusula quarta do contrato de cessão de crédito, no sentido de que os créditos

cedidos se destinariam a amortização junto ao Banco, nos novos prazos pactuados, dos valores já emprestados à Mendes Júnior, para solução de problemas de liquidez da empresa, já que constou expressamente do contrato de empréstimo excutido a sua destinação para os propósitos empresariais gerais da empresa.

Ademais, da leitura atenta do contrato de empréstimo, verifica-se a estipulação, no tópico 9, denominado de “Conta Corrente para Pagamento dos Empréstimos”, em seu item b [...].

.....

Desta forma, resta patente nos autos, pelos próprios termos do contrato excutido a sua vinculação ao pacto de cessão de créditos, porquanto a que outro título estaria a empresa tomadora obrigada a empenhar esforços e realizar depósitos de valores oriundos das faturas devidas pelo Governo do Iraque na conta criada pelo Banco para pagamento do empréstimo?

Assim, cai por terra a alegação de que não haveria vinculação dos pactos, tendo em vista que a cessão foi firmada em junho de 1989, portanto, em data anterior ao contrato de empréstimo de outubro de 1989, tendo em vista que o mesmo se destinava a amortização junto aos bancos, nos novos prazos pactuados, dos valores já emprestados à Mendes Júnior, para solução de problemas de liquidez da empresa e os próprios termos do *Loan Agreement*, em que a instituição bancária deixa clara a criação de uma conta onde a Mendes Júnior deveria depositar valores auferidos junto ao Governo do Iraque.

Ademais, é a própria exequente quem confirma a vinculação dos contratos, posto que às fls. 226 dos autos da execução, postula seja descontado do créditos excutido o valor de US\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta mil dólares) que recebeu das Ilhas Mauritània. (fls. 984 s.)

Estando definido, em razão do óbice das Súmulas 5 e 7/STJ, que a cessão de créditos tornou-se incondicional e que ela alcançou o *loan agreement*, resta analisar a solução processual a ser dada aos embargos à execução.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou procedentes os embargos para extinguir a execução, sob o fundamento de que os títulos executivos careceriam de liquidez e certeza.

Porém, no julgamento dos Recursos Especiais n. 203.356/MG, 203.357/MG e 203.358/MG, em que se discutiu controvérsia semelhante a dos presentes autos, esta Corte Superior entendeu que não seria cabível extinguir de plano a execução sem antes fazer-se um encontro de contas para apurar eventual saldo em favor da parte exequente, pois, caso exista saldo positivo, a execução deve prosseguir, decotando-se o excesso.

A propósito, confira-se a ementa do acórdão proferido no REsp 203.358/MG, *litteris*:

Recurso especial. Título executivo. Cédula de crédito comercial. Vinculação à cessão de crédito. Matéria de direito. Cálculo aritmético. Prosseguimento da execução.

1. Constitui matéria de direito verificar se o título de crédito, contra o qual não se investe quanto a sua regularidade, mas, sim, quanto a uma necessária apuração aritmética, tem, ou não, exigibilidade para sustentar a execução.

2. Se o título não contém irregularidade, o ambiente processual adequado para apurar eventual excesso de execução é o patamar dos embargos à execução.

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp 203.358/MG, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 15.6.2000, DJ 4.9.2000)

Efetivamente, não se pode excluir a possibilidade de a cessão de créditos não ser suficiente para compensar todo o valor do *loan agreement*, restando saldo em favor do banco exequente, sendo de rigor, portanto, a realização do encontro de contas.

Destarte, o parcial provimento do recurso é medida que se impõe nesse tópico, seguindo-se a linha adotada no precedente jurisprudencial mencionado.

*Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial apenas para determinar a realização do encontro de contas perante o juízo de origem.*

É o voto.

#### **VOTO-VENCEDOR**

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de recurso especial interposto por Banco do Brasil S.A., fundamentado na alínea *a* do art. 105, III, da Constituição Federal, no bojo de embargos do devedor, opostos por Edificadora S.A. – empresa da *holding* Mendes Júnior Participações S.A. – e outros.

Apesar do percuciente relatório, que abarcou todas as vicissitudes históricas que circundam a presente lide, gostaria de pontuar as principais ocorrências do presente processo, necessárias à construção da minha convicção.

Compulsando os autos, verifica-se que os embargos à execução opostos no primeiro grau de jurisdição tiveram por objeto a pretensão de extinguir execução

de título executivo extrajudicial, proposta pelo recorrente, a fim de obter o pagamento de 45 milhões de dólares consubstanciados em notas promissórias e em contrato de empréstimo (*loan agreement*).

A recorrida, em sua petição de embargos, sustentou a ocorrência da prescrição dos respectivos títulos de crédito, uma vez que a lei de Nova York, escolhida pelas partes para fins de regular o referido contrato de empréstimo, não teria sido juntada à petição inicial do recorrente. Outrossim, ainda que ultrapassada a preliminar, argumentou a recorrida a ausência de liquidez e certeza dos títulos executados, porquanto o contrato de financiamento estaria vinculado a um contrato de cessão de créditos, firmado com o intuito de liquidação das dívidas existentes entre as partes.

Em sentença, o juízo da 1ª Vara Cível de Belo Horizonte afastou a prescrição e julgou improcedentes os embargos do devedor, determinando o prosseguimento da execução.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, à unanimidade, rejeitou as preliminares reiteradas pela recorrida e, no mérito, deu provimento à sua apelação, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 949/950):

**Ementa.** Embargos à execução. Prescrição dos títulos. Aplicação da lei estrangeira. Nulidade de sentença afastada. Contrato de empréstimo e notas promissórias vinculadas a cessão de crédito. Fato do príncipe. Iliquidez e incerteza aferidas. Impossibilidade de prosseguimento da execução. Procedência da incidental. Honorários advocatícios fixação. Equidade e moderação.

Estabelecendo o título que a Lei de Nova York será aplicada no caso de execução do contrato, devem ser obedecidos os prazos prescricionais da lei estrangeira, o que não atenta contra a ordem pública do nosso país.

Não é nula a sentença que contém os requisitos estampados no artigo 458 do Código de Processo Civil visto que havendo fundamentação, ainda que sucinta, de modo a transparecer as razões da convicção do julgador, não há de se lhe atribuir nulidade.

Verificando-se do contexto histórico que ensejou a emissão dos títulos executados, bem como das provas acostadas aos autos que o contrato e notas promissórias que embasaram a demanda executiva encontram-se vinculados a pacto de cessão de crédito e que, ainda, em decorrência de fato do príncipe, o Governo Brasileiro, sub-rogou-se na responsabilidade pelo pagamento dos créditos ali inseridos, ausente a certeza e liquidez exigidos pelo pagamento dos créditos ali inseridos, ausente a certeza e liquidez exigidos pelo nosso ordenamento como necessários aos títulos que sustentam execução.

Opostos embargos de declaração pelo recorrente e pela recorrida, ambos foram rejeitados (e-STJ, fl. 1.038/1.060).

Nas razões do presente recurso especial, o Banco recorrente aponta violação dos arts. 535 e 596 do CPC, 20, 118, 120 e 1.073 do CC/1916.

Sustenta, em síntese:

*i)* a existência de contradição na fundamentação do acórdão recorrido quanto à distinção da personalidade jurídica do Banco do Brasil e da União, ora observada, ora ignorada;

*ii)* a existência de omissão quanto à tese de que a cessão dos créditos pertencentes à recorrida consistiam mero reforço de garantia, não extinguindo os débitos exequendos;

*iii)* a impossibilidade de se vincular ao contrato de cessão de créditos os débitos decorrentes de financiamento firmados após a cessão dos créditos, em especial, porque vinculados a partes distintas, diferenciando-se o Banco do Brasil e de seu sócio, a União;

*iv)* a existência de fato do príncipe teria por consequência jurídica, no máximo, assegurar o direito à indenização em ação eventualmente movida em face da União, mas não pode servir de escudo para o descumprimento de obrigação contratada entre o recorrente e a recorrida, tampouco resultar em exclusão da condição suspensiva prevista expressamente no contrato;

*v)* por fim, a conclusão do TJ/MG resultaria, de forma transversa, na exclusão da responsabilidade do cedente pela existência do crédito cedido.

Oferecidas as contrarrazões (e-STJ, fl. 1.156/1.186), a recorrida reitera suas teses acerca da iliquidez e incerteza do título em execução, bem como as demais preliminares, em especial, quanto à prescrição, suscitada desde a petição inicial dos embargos.

O relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, conhecendo do recurso especial, votou no sentido de dar-lhe parcial provimento, a fim de permitir a realização de um “encontro de contas” para apuração de eventual débito remanescente para prosseguimento da execução.

Em vista da complexidade das discussões trazidas, pedi vista dos autos para melhor examinar as questões debatidas.

*1. Adequação da tutela jurisdicional. Alegação de violação do art. 535 do CPC.*

Todas as alegações trazidas pelo Banco recorrente deixam clara sua insurgência quanto às conclusões alcançadas pelo Tribunal de origem, não se identificando no acórdão qualquer omissão ou contradição interna. Isso porque as contradições suscitadas restringem-se às consequências jurídicas extraídas pelo Tribunal de origem dos fatos apurados, questões que na verdade se identificam com o próprio mérito do recurso.

Assim, essas teses serão devidamente analisadas em tópicos específicos no decorrer do voto, não se verificando, a princípio, qualquer mácula ao art. 535 do CPC.

Dessarte, acompanho o relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, nesse ponto.

*2. Da prescrição.*

Antes de se adentrar ao mérito do recurso especial, por tratar-se de questão preliminar de mérito, arguida desde a petição inicial dos embargos à execução e devolvida nas contrarrazões, deve-se enfrentar a ocorrência da prescrição, bem como, para tanto, fixar a validade da legislação aplicada na origem – lei do Estado de Nova York.

Nesse ponto, sustenta a recorrida que a lei estrangeira não poderia ser aplicável para fins de se regular o prazo prescricional, porquanto não fora juntada sua cópia à inicial da execução. Ademais, assevera que, por tratar-se a prescrição de matéria de ordem pública, não seria passível de convenção quanto ao direito aplicável, sob pena de violação do art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Quanto à imprescindibilidade de juntada da lei estrangeira à petição inicial da execução de título extrajudicial, nota-se que o Tribunal de origem aplicou à hipótese o art. 14 da LINDB, segundo o qual cabe ao juiz a *faculdade* de exigir a juntada da lei alienígena aplicável.

Quanto à prescrição, tem-se, no caso concreto, o debate acerca de contratos internacionais de direito privado, uma vez que firmados entre a Mendes Junior International Company e Banco do Brasil S.A. – Filial de Gran Cayman (e-STJ, fl. 64), com eleição expressa de que o contrato seria regido e interpretado pelas leis de Nova York.

Nessas espécies contratuais, é comum a eleição de um direito, por vezes, alheio a ambas as partes. É inclusive bastante comum a utilização de direitos de diversos Estados, desmembrando-se o contrato quanto à lei de regência, no que se denomina doutrinariamente de *dépeçage* (DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**, v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 694). Assim, se admite que, em um mesmo contrato, seja aplicada uma multiplicidade de leis, por exemplo, quanto à capacidade, a lei do Estado de origem das partes; quanto à transferência de bem imóvel, a lei da situação do imóvel, etc.

Também em âmbito de direito internacional privado, a autonomia da vontade, embora não seja absoluta, ganha força e atualmente vem se consolidando, de modo que se admite “quase unanimemente que os parceiros de um contrato internacional têm o direito de designar expressamente a lei que os rege” (STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 126). É certo que, à época do julgamento da apelação a que se refere o presente recurso especial, a admissão da autonomia da vontade quanto à eleição de legislação se encontrava bem distante de um consenso. Ainda hoje há quem sustente que a LINDB, ao suprimir do texto legal a menção à autonomia da vontade – prevista historicamente no art. 13 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 – teria revogado sua admissão no direito pátrio.

Contudo, no direito internacional privado, os usos e costumes, a autonomia da vontade e a força vinculante dos contratos, desde a *lex mercatoria*, tiveram papel central como principal fundamento de solução de conflitos das diferentes legislações envolvidas.

Nessa ordem de ideias, novos tratados têm se preocupado em consolidar a aplicação do princípio da autonomia à escolha da legislação. A Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, válida no âmbito da Comunidade Europeia, por exemplo, estabelece em seu art. 3º: “1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes.” Mais adiante se esclarece, quanto à prescrição, o art. 10 – âmbito de aplicação da lei no contrato: “a lei aplicável ao contrato por força dos artigos 3º a 6º e do artigo 12 da presente convenção, regula [...] a *prescrição* e a caducidade fundadas no decurso de um prazo”. (disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=C ELEX:41980A0934&from=PT>).

Além da referida Convenção de Roma, também Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável à Compra e Venda de Mercadoria, de 1986 (art. 7º) e

Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável às Obrigações Contratuais, México, 1994 (art. 7º), prevêem a adoção do princípio. Esta última, assinada pelo Brasil, estabelece expressamente: “o contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes”.

No entanto, deve-se ressaltar que essa convenção, além de não se encontrar vigente à época do contrato e das notas promissórias ora executados, excepciona expressamente sua aplicabilidade às obrigações decorrentes de títulos de crédito.

No direito interno, a autonomia da vontade quanto à livre escolha do direito de regência de obrigações contratuais também vem ganhando força desde a edição da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), e a possibilidade de livre escolha ou mesmo de combinação de leis vem sendo admitida com tranquilidade pela doutrina e jurisprudência nacionais.

É verdade, porém, que essa liberdade contratual no direito internacional privado sofre limitações em diversos direitos nacionais, como é o caso do direito brasileiro. E, nesse diapasão, ganha razoável relevância a baliza eleita pelo legislador, nos termos do art. 17 da LINDB, quanto à imposição de respeito à ordem pública interna, em especial, quanto ao Estado no qual se levará a julgamento a execução do contrato, *in casu*, o Brasil.

Nas palavras do Prof. Irineu Strenger, define-se ordem pública como “[o] conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto” (*op. cit.* p. 138), de modo a evitar que “princípios cardinais do direito interno de cada país sejam profanados ou que interesses econômicos de um Estado sejam prejudicados” (DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 6ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 419).

Apesar da dificuldade de se qualificar o conceito de ordem pública, não há dúvidas de que a segurança jurídica é valor extraído da própria Constituição Federal, e que a prescrição é corolário inegável deste valor, com reflexos significativos na pacificação de conflitos.

Contudo, a utilização de direito alienígena, o qual, no caso concreto, disciplina a prescrição – apenas diferenciando-lhe o prazo –, não pode ser tido como um regramento violador da ordem pública nacional. Noutros termos, a norma eleita não afastou as consequências de estabilização de demandas pelo decurso do tempo, de modo que não incidu em violação do princípio da segurança jurídica. Logo, uma vez que se encontra preservado o instituto da prescrição, não há que se cogitar em ofensa à ordem pública interna.



Ademais, também é valor tutelado pela ordem jurídica nacional, a proteção à boa fé e à autonomia da vontade, que impõe aos contratantes a atuação transparente e coerente ao longo da negociação e mesmo após a extinção dos contratos. Desse modo, tendo em vista que as partes livremente optaram pela formalização da transação por meio de um contrato internacional, acertando de comum acordo o afastamento da legislação brasileira e a eleição das leis do estado de Nova York para regerem o contrato, admitir-se, em execução, o argumento de inaplicabilidade da lei eleita configura manifesto *vernire contra factum proprium*, com o qual a ordem pública não se compatibiliza.

Por último, porém não menos importante, ainda que se cogitasse aplicar o prazo prescricional brasileiro à hipótese dos autos, deve-se ter em mente que a execução destina-se à satisfação de crédito instrumentalizado em *contrato*, com garantia em notas promissórias. Desse modo, o reconhecimento da prescrição dos títulos de crédito não afastam a liquidez e certeza e, portanto, a exequibilidade da obrigação constituída pelo instrumento particular (contrato), assinado pelo devedor e por duas testemunhas, na forma do art. 585, II, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 8.953, de 13.12.1994 (antes de proposta a presente execução).

Nesse caso, o prazo prescricional aplicável seria o prazo das ações pessoais então previstos no art. 177 do CC/1916, c/c 206, § 3º, e 2.028 do CC/2002. Portanto, a ação proposta em 1995, dentro do lapso de 5 anos do vencimento da primeira nota promissória, conforme consta da sentença (e-STJ, fl. 855), certamente não estava prescrita.

### 3. *Delineamento fático.*

Conforme se declina na peça recursal, o cerne do debate consiste em saber se há vinculação entre os contratos firmados entre as partes, sejam eles, o contrato de cessão de crédito e o posterior contrato de empréstimo, bem como as consequências decorrentes da não realização da cláusula de condição suspensiva constante do contrato de cessão de crédito.

O acórdão recorrido, a partir da análise dos contratos e documentos juntados ao longo da instrução processual, firmou o entendimento de que houve um primeiro contrato de cessão de créditos firmado pelo Banco recorrente e pela empresa recorrida.

Com efeito, do que se extrai do acórdão, apesar de o contrato de empréstimo ter sido firmado após o contrato de cessão de crédito, no qual se fez referência

expressa a dívidas anteriores da cedente recorrida, o Tribunal vinculou ambos os contratos, com os seguintes fundamentos (e-STJ, fl. 984/985):

Ademais, da leitura atenta do contrato de empréstimo, verifica-se a estipulação, no tópico 9, denominado e “Conta Corrente para Pagamento dos Empréstimos”, em seu item b, que merece a devida atenção e compreensão, qual seja:

“A - O Banco deverá estabelecer e manter em seus livros uma conta corrente especial remunerada com juros designada de “Conta Corrente do Especial Remunerada da Mendes Júnior International Company” (a ‘Conta Corrente para Pagamento dos Empréstimos’) para receber e manter os fundos em dólares. De tempos em tempos, o Tomador deverá depositar, ou dirigir depósitos de fundos em dólares, na Conta Corrente para reembolsos. B – *Sem limitar as outras obrigações do Tomador sob este contrato, o mesmo empenhará os seu melhores esforços para fazer com que fundos, num valor agregado de até US\$45,900,000.00 devidos pelo Governo do Iraque por faturas aprovadas e não pagas ou retidas por contratos e devidas ao tomador, sejam depositadas na conta corrente para pagamento de empréstimos” (fl. 73).*

Desta forma, resta patente nos autos, pelos próprios termos do contrato executado a sua vinculação ao pacto de cessão de créditos, porquanto a que outro título estaria a empresa tomadora obrigada a empenhar esforços e realizar depósitos de valores oriundos das faturas devidas pelo Governo do Iraque na conta criada pelo banco para pagamento do empréstimo?

Da mesma forma, assentou o TJ/MG a existência de cláusula contratual na referida cessão de créditos, a qual subordinava a eficácia do negócio jurídico ao reconhecimento e pagamento das dívidas pelo Governo do Iraque.

Por fim, encontra-se incontroverso nos autos que a adesão do Brasil ao embargo econômico ao Iraque, impossibilitou a realização da condição expressa no contrato de cessão de créditos.

Esses fatos encontram-se perfeitamente fixados no acórdão de origem e não podem ser revistos nessa estreita via especial, conforme consubstanciado nos Enunciados n. 5 e 7, ambos da Súmula do STJ. Desse modo, não conheço do recurso especial quanto à alegação de violação dos arts. 20 do CC/1916 e 596 do CPC.

Contudo, com a devida vênia do Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, entendo que as consequências jurídicas daí extraídas é matéria estritamente de direito, sujeitas pois à apreciação desta Corte Superior.

Nessa ordem de ideias, impõe-se perquirir: *i)* quais os efeitos advindos da não realização da cláusula de condição suspensiva para a eficácia do contrato

de cessão de crédito; e *ii*) quais os efeitos que daí espraiam para o posterior contrato de empréstimo vinculado ao primeiro contrato, em especial, quanto à liquidez e certeza desse título e das notas promissórias a ele vinculadas.

Aliás, salienta-se que os precedentes desta Turma, citados pelo Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino em seu voto (Recursos Especiais n. 203.356/MG, 203.357/MG e 203.358/MG), não representam um entendimento consolidado acerca da situação concreta nos autos. Isso porque se adotou o voto médio proferido pelo Min. Menezes Direito, em razão do impasse na votação. Na ocasião, de um lado, o relator natural Min. Waldemar Zveiter, acompanhado do Min. Nilson Naves, manifestou-se no sentido de não conhecer dos recursos, ante a aplicação dos óbices materializados nos Enunciados n. 5, 7 e 83 da Súmula do STJ. De outro lado, o Min. Ari Pargendler inaugurou a divergência, a qual aderiu também o Min. Eduardo Ribeiro, para entender pela exequibilidade dos títulos então *sub judice*.

*4. Fato do Príncipe e suas consequências jurídicas. Alegação de violação dos arts. 118, 120 e 1.073 do CC/1916.*

Inicialmente, entendeu o acórdão recorrido que, apesar da contratação expressa de condição suspensiva ao contrato de cessão de crédito, sua realização fora obstada por ato da União, em exercício da soberania, o que ensejaria o reconhecimento da existência de fato do príncipe.

Com efeito, é questão fática o reconhecimento de que a edição do Decreto n. 99.441/1990 obstou a realização da condição suspensiva prevista pelas partes no contrato de cessão de crédito. No entanto, a questão controvertida transborda a mera discussão acerca da concretização ou não do fato do príncipe, impondo-se na verdade a verificação das consequências advindas da não concretização da referida cláusula.

De forma bem simplificada e em harmonia com a doutrina atual, o professor Fernando Noronha sintetiza o fato do príncipe como “a imposição de autoridade que tenha gerado dano” (*in* **Direito das Obrigações**. 3ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 650). Essa teoria tem por finalidade precípua apresentar solução para a responsabilidade decorrente de fatos danosos que tenham em sua origem uma imposição administrativa sofrida pelos particulares contratantes. Assim, se, de um lado, vincula-se o dano à causa de imposição do Estado, reconhecendo a possibilidade de sua responsabilização; de outro lado, o fato do príncipe resulta em rompimento do liame necessário entre o resultado danoso e a conduta do particular.

Em disputas entre particulares, portanto, a questão se resolve pelo reconhecimento da existência de força maior, a qual, ao gerar a absoluta impossibilidade de cumprimento do contrato, deve restituir as partes contratantes ao *status quo ante*. Noutros termos, diante da existência de uma causa externa, imprevisível e irresistível, emanada da Administração Pública, o direito não impõe a qualquer das partes privadas o suporte exclusivo dos prejuízos daí advindos.

Esse raciocínio foi também utilizado por esta Corte Superior em outros precedentes, nos quais se verificou a impossibilidade de qualquer das partes suportar exclusivamente os resultados negativos de atos de governo. Nesse sentido:

Civil. Proposta para compra de imóvel a prazo. Aceitação. Arras. Superveniência de lamentável plano econômico. Cessação do pagamento das prestações pelos proponentes. Força maior (*factum principis*). Efeitos: extinção do vínculo contratual e devolução das parcelas pagas. Inaplicabilidade da teoria da imprevisão. Não incidência do disposto no art. 12 da Lei n. 8.024/1990. Ausência de violação dos arts. 1.056 e 1.097, CC. Recurso desacolhido.

I - O advento de plano econômico, que impôs o bloqueio e indisponibilidade da grande massa de dinheiro existente no mercado, impossibilitando o cumprimento, nas condições e prazos avençados, das promessas de compra e venda de imóveis celebradas e que previam prazo de pagamento para além de 180 dias, por parte de compromissários-compradores que contavam com recursos de poupança ou de outras aplicações financeiras para saldar as prestações assumidas, caracterizando a medida governamental *factum principis*, e de ser considerado como *força maior motivadora da dissolução do vínculo contratual, impondo-se, em consequência o retorno ao status quo ante*, com devolução das parcelas pagas, de molde a evitar o enriquecimento sem causa.

(REsp 42.882/SP, Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 8.5.1995, p. 12.395)

Nessa trilha, tem-se que os créditos cedidos pela recorrida ao Banco do Brasil não poderiam ser cobrados do governo iraquiano. Esse fato, por si só, já seria suficiente para se concluir que as partes, Banco do Brasil e Mendes Júnior Participações S.A., deveriam retornar a situação antecedente à formalização do contrato, não se concluindo a referida cessão do crédito.

Esse mesmo resultado seria alcançado se se partisse de premissa diversa, qual seja, a de que havia uma cláusula de condição suspensiva no referido contrato de cessão, porém não concretizada. Pois bem, não implementada a

condição suspensiva, por qualquer outro fundamento que não a ocorrência do fato do príncipe, o direito objeto do negócio jurídico a ela subordinado não alcança a eficácia; transportando esse raciocínio para a situação concreta dos autos, tem-se que o crédito não seria efetivamente cedido. E nem se argumenta que a cláusula condicional, ante sua impossibilidade, seria tida por inexistente.

Ora, se há impossibilidade de realização da condição suspensiva na hipótese dos autos, essa impossibilidade é jurídica, e não física ou material. Assim, nos termos do art. 116 do CC/1916, o resultado também por essa via será o reconhecimento da invalidade do negócio condicionado, devendo as partes serem restituídas ao *status quo ante*. Veja-se a regra vigente à época: “Art. 116. As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa impossível, têm-se por inexistentes. *As juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados.*”

Daí deve-se concluir que, seja em razão do fato do príncipe ou não, a ausência de concretização da condição importa, *in casu*, na absoluta ineficácia da cessão do crédito. Por óbvio, não se está aqui afastando eventual relação de responsabilidade da União na condução e construção de uma solução para uma contenda histórica e política, que envolve de um lado a empresa brasileira e, de outro, o Estado do Iraque. Entretanto, do ponto de vista jurídico, a conclusão deve ficar restrita à aplicação da regra que, afinal, existia de forma clara à época dos eventos.

Por sua vez, afastada a eficácia do contrato de cessão de crédito, cai por terra também a discussão quanto a sua vinculação ao contrato de empréstimo. *Este não se subordinando a qualquer condição, foi realizado e aperfeiçoado, com a incontroversa transferência dos valores contratados.* Vale ressaltar que, nos embargos à execução, não houve qualquer impugnação à disponibilização efetiva dos valores contratados a título de empréstimo, argumento este suscitado inoportunamente em contrarrazões ao recurso especial (e-STJ, fl. 1.181).

De toda sorte, reconhecendo as partes que, em razão de um evento externo, imprevisto e irresistível (fato do príncipe), também este contrato teve seu adimplemento impedido, igualmente aqui seria aplicável a excludente da força maior, a fim de resolver o contrato com a restituição das partes ao *status quo ante*, o que significa, restituir os valores objeto do contrato de empréstimo.

Desse modo, não há dúvida quanto à existência do título que consubstancia a obrigação (contrato de empréstimo), à quantidade de bens que é objeto da obrigação (valor objeto do empréstimo), ou ao momento em que deveria ter

sido adimplida a obrigação. Tem-se, portanto, preenchidos os requisitos de exequibilidade pelo contrato exequendo, requisitos estes que não são afastados mesmo diante da oposição de embargos à execução.

Isso porque os embargos à execução, a despeito de inaugurar o conhecimento amplo da demanda, com oportunidade de dilação probatória, e constituírem a mais ampla e vigorosa via defensiva, podem corrigir os valores do título, sem qualquer prejuízo ao prosseguimento da execução (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. IV. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 748). Aliás, de forma coerente, esta Corte Superior tem entendimento tranquilo de que sequer a procedência de ação revisional de contrato afasta a exequibilidade do título. Nesse sentido:

Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Embargos à execução de título executivo extrajudicial. Ação revisional julgada procedente. Liquidez do título da execução. Readequação. Precedentes.

1. Não retira a liquidez do título possível julgamento de ação revisional do contrato originário, demandando-se apenas a adequação da execução ao montante apurado na ação revisional.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.210.535/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 4.9.2014, DJe 11.9.2014)

Processual Civil. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, a fim de conhecer do agravo regimental. Embargos à execução. Alteração de cláusulas contratuais por ocasião da procedência da ação revisional. Liquidez do título. Precedentes.

1. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para o fim de reconsiderar a decisão que não conheceu do agravo regimental, procedendo-se à análise do agravo interno.

2. Consoante jurisprudência desta Corte, a ação revisional não retira o requisito de liquidez do título exequendo, apenas impondo adequação da execução ao montante apurado na revisional.

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para negar provimento ao agravo regimental.

(EDcl no AgRg no Ag 1.006.795/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 6.6.2013, DJe 28.6.2013)

Diante desse contexto, sob qualquer prisma que se enfoque a questão dos autos, tem-se por inafastáveis os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade do título extrajudicial executado.

Por fim, ressalva-se que, resolvida a contenda extrajudicial, aparentemente sob condução da União perante o governo iraquiano, caberá à recorrida, após o pagamento dos débitos, o recebimento dos créditos recuperados.

À vista do exposto, com as mais honrosas vênias ao relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau de jurisdição, que julgou improcedentes os embargos e determinou o prosseguimento da execução.

#### **VOTO-VISTA**

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Trata-se de recurso especial interposto por *Banco do Brasil S.A.* com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que deu provimento aos recursos de apelação interpostos pelos devedores-embargantes, aqui recorridos, para julgar procedentes os embargos à execução opostos assim ementado:

Embargos à execução. Prescrição dos títulos. Aplicação da lei estrangeira. Nulidade de sentença afastada. Contrato de empréstimo e notas promissórias vinculadas a cessão de crédito. Fato do príncipe. Iliquidez e incerteza aferidas. Impossibilidade de prosseguimento da execução. Procedência da incidental. Honorários advocatícios fixação. Equidade e moderação.

Estabelecendo o título que a Lei de Nova York será aplicada no caso de execução do contrato, devem ser obedecidos os prazos prescricionais da lei estrangeira, o que não atenta contra a ordem pública do nosso país.

Não é nula a sentença que contém os requisitos estampados no artigo 458 do Código de Processo Civil, visto que havendo fundamentação, ainda que sucinta, de modo a transparecer as razões da convicção do julgador, não há de se lhe atribuir nulidade.

Verificando-se do contexto histórico que ensejou a emissão dos títulos executivos, bem como das provas acostadas aos autos que o contrato e notas promissórias que embasaram a demanda executiva encontram-se vinculados a pacto de cessão de crédito e que, ainda, em decorrência de fato do príncipe, o Governo Brasileiro, sub-rogou-se na responsabilidade pelo pagamento dos créditos ali inseridos, ausente a certeza e liquidez exigidos pelo nosso ordenamento como necessários aos títulos que sustentam execução.

Os honorários advocatícios fixados em razão da sucumbência estão adstritos a critérios de valoração delineados na lei processual, quais sejam, o grau de

zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, sendo que, em se tratando de embargos à execução de grande complexidade em que a tramitação do feito se arrastou por vários anos e, ainda, que não houve condenação, justifica-se que essa verba seja arbitrada em valor certo, em conformidade com a realidade traçada nos autos (e-STJ, fls. 949/950).

Na origem, o Banco do Brasil S.A. ajuizou *Execução de Título Extrajudicial* em face de Edificadora S.A.; Mendes Júnior Participações S.A. Mendespar; Jesús Murillo Valle Mendes e sua mulher Lúcia Andrade Mendes; Marcos Valle Mendes e sua esposa Helvécia Guimarães Mendes; Alberto Laborne Valle Mendes e sua mulher Edwirges Alves Mendes; e, Sânzio Valle Mendes e sua esposa Maria Beatriz da Cunha Mendes, objetivando receber o valor de US\$69,749,373.39 (sessenta e nove milhões, setecentos e quarenta e nove mil, trezentos e setenta e três dólares e trinta e nove centavos) *equivalente ao câmbio do dia 20.10.1995 a R\$67.064.022,51 (sessenta e sete milhões, sessenta e quatro mil, vinte e dois reais e cinquenta e um centavos) em razão da garantia, representada por fiança e aval nas notas promissórias emitidas por Mendes Júnior International Company, tomadora do crédito, vinculadas ao Acordo de Empréstimo (Loan Agreement) de US\$45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de dólares dos Estados Unidos da América) celebrado em 4.10.1989.*

Após a garantia do juízo, os devedores-embargantes, aqui recorridos, apresentaram embargos à execução, no qual sustentaram a prescrição das notas promissórias executadas, conforme disposto no art. 70 da Lei Uniforme; ausência de liquidez dos títulos executados, por terem sido extintos em razão de contrato de cessão de crédito celebrado com o banco-embargado, aqui recorrente, para quitar as dívidas do Grupo Mendes Júnior; e, ainda, que o crédito contratado no *Loan Agreement* foi garantido pelo Instituto de Resseguros do Brasil, sendo o beneficiário o Banco do Brasil S.A., que não exerceu os seus direitos de credor garantido, pelo que também por esta razão o débito está extinto.

O MM. Juiz de primeiro grau rejeitou as preliminares suscitadas pelos devedores-embargantes, aqui recorridos, e, no mérito, julgou improcedentes os embargos.

O Tribunal de origem, por sua vez, deu provimento aos recursos interpostos pelos devedores-embargantes, aqui recorridos, para

[...] reconhecer que os títulos exequêndos estão vinculados ao contrato de cessão de crédito firmados entre Banco do Brasil e Mendes Júnior S/A, o que



lhes retira a liquidez e certeza, não se apresentando, por isso, como títulos hábeis a ensejar a execução, devendo os embargos serem julgados procedentes, invertendo-se, em conseqüência, os ônus sucumbenciais consignados na sentença, devendo a parte embargada responder pelo pagamento das custas processuais honorários advocatícios, que, nesta oportunidade, fixo em R\$20.000,00 (vinte mil reais) [e-STJ, fl. 995].

Embargos de declaração opostos e rejeitados (e-STJ, fls. 1.038/1.060).

Nas razões do recurso especial (e-STJ, fls. 1.095/1.111), o banco-embargado, aqui recorrente, afirma, em preliminar, que está configurada ofensa ao art. 535, I e II, do CPC, por não ter a Corte de origem, a despeito de instada a fazê-lo por meio de embargos de declaração, sanado omissão acerca do

[...] fato de o ora recorrente (*banco-embargado*) agir em nome da União por força do disposto no art. 19 da Lei n. 4.595/1964, bem como por ter o Tribunal mineiro concluído que, de um lado, a obrigação tornou-se incondicional, por ter desaparecido a condição suspensiva inserta no contrato, a partir da adesão do Brasil ao embargo comercial da ONU ao Iraque e, de outro, que as cedentes não teriam mais responsabilidade pela cessão, a partir da edição do Dec. n. 99.441/1990.

Prosseguindo, assevera que estão malferidos os arts. 20, 118, 120 e 1.073, todos do CC/1916; 586 do CPC; e, 19, I, f, c/c VII, da Lei n. 4.595/1964, sob a alegação de que é impossível atrelar a cessão de crédito ao título exequendo, por se tratar de dois negócios jurídicos distintos; que não há como se confundirem as pessoas jurídicas da União e Banco do Brasil S.A. e, por essa razão, contra a Mendes Júnior ele *poderia e pode fazer uso dos remédios judiciais para haver os seus créditos* (e-STJ, fl. 1.107); além de destacar a inocorrência do fato do príncipe.

Requer o provimento do apelo raro para *afastar a vinculação entre os títulos que deram origem à execução e o Contrato de Cessão juntado pelas recorridas, reconhecendo-se, assim, a certeza e exigibilidade da dívida exequenda, com a consequente improcedência dos embargos à execução* (e-STJ, fls. 1.111).

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 1.156/1.186), nas quais os devedores-embargantes reforçaram a preliminar da prescrição e, no mérito, reiteraram suas teses referentes à iliquidez e à incerteza do título executivo.

Na sessão de julgamento realizada aos 18.11.2014, o em. Ministro Relator apresentou seu voto no sentido de dar parcial provimento ao apelo raro *apenas para determinar a realização do encontro de contas perante o juízo de origem* porque

[...] no julgamento dos Recursos Especiais n. 203.356/MG, 203.357/MG e 203.358/MG, em que se discutiu controvérsia semelhante a dos presentes autos, esta Corte Superior entendeu que não seria cabível extinguir de plano a execução sem antes fazer-se um encontro de contas para apurar eventual saldo em favor da parte exequente, pois, caso exista saldo positivo, a execução deve prosseguir, decotando-se o excesso.

E,

[...] Efetivamente, não se pode excluir a possibilidade de a cessão de créditos não ser suficiente para compensar todo o valor do *loan agreement*, restando saldo em favor do banco exequente, sendo de rigor, portanto, a realização do encontro de contas.

O em. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, após pedido de vista, divergiu, na sessão aos 18.12.2014, para *conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau de jurisdição, que julgou improcedentes os embargos e determinou o prosseguimento da execução. Asseverou que afastada a eficácia do contrato de cessão de crédito, cai por terra também a discussão quanto a sua vinculação ao contrato de empréstimo.*

Ao concluir, destacou que, *sob qualquer prisma que se enfoque a questão dos autos, tem-se por inafastáveis os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade do título extrajudicial executado.*

Após tal voto, pedi vista para melhor pensar sobre o caso.

O núcleo do tema é definir se há, ou não, título certo e exigível.

Inicialmente, observa-se que não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do art. 535 do CPC. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração opostos, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, sustentando que 1) a distinção entre as personalidades jurídicas da União e do Banco do Brasil S.A. é irrelevante na espécie, porque foi este que sucedeu a Mendes Júnior Engenharia S.A. na titularidade dos créditos oponíveis ao Iraque, *tanto que foi o Banco do Brasil quem nomeou a Petrobrás como sua mandatária*; e, 2) o implemento da condição suspensiva ficou prejudicado pelo “fato do príncipe”, afirmando ainda que o banco embargado *deve obediência aos atos de autoridade e aos seus efeitos* e que *não se está a afirmar que o Banco do Brasil não tem direito ao crédito, mas que não pode exigí-lo da Mendes Júnior* (e-STJ, fls. 1.044/1.046).

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

Desse modo, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente desta Terceira Turma:

Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Recurso incapaz de alterar o julgado. Previdência privada. Antecipação de tutela. Revogação. Irrepetibilidade. Verba alimentar. Súmula n. 83/STJ. Incidência. Jurisprudência desta Corte. Art. 535 do CPC. Ausência de violação. Súmula n. 126/STJ. Aplicação.

*Omissis.*

3. Não subsiste a alegada ofensa ao artigo 535 do CPC, pois o tribunal de origem enfrentou as questões postas, não havendo no aresto recorrido omissão, contradição ou obscuridade.

4. *Omissis.*

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 101.836/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 5.9.2014)

Antes ainda de adentrar no mérito, passo a analisar, em preliminar, a suscitada prescrição dos títulos extrajudiciais.

A cláusula 25 do denominado *Loan Agreement* estabelece que *este Contrato e as Notas Promissórias serão regidos e interpretados de acordo com as Leis do Estado de Nova York* e que

Em relação com quaisquer medidas judiciais no Brasil relacionadas com este Contrato, o Tomador (*Mendes Júnior S.A. e outros*), pela presente, reconhece que qualquer demanda, ação ou medida judicial no que diz respeito a este Contrato e Notas Promissórias poderá ser levado a qualquer tribunal localizado na República Federativa do Brasil ou qualquer tribunal estadual ou federal localizado no Estado de Nova York, e o Tomador, pela presente se submete à jurisdição não exclusiva dos referidos tribunais em relação com qualquer demanda, ação ou medidas judiciais, e por este, renuncia a reivindicar que tal demanda, ação ou medida judicial foi levada a um foro inconveniente (e-STJ, fl. 98).

Os aqui recorridos aduziram que não se poderia aplicar a Lei de Nova Iorque no que tange à prescrição porque, por se tratar de questão de ordem pública, tal incidência afrontaria o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O referido dispositivo dispõe que *as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública*, isto é, o conjunto de princípios jurídicos e morais pelos quais se orienta a sociedade em determinado momento, *e os bons costumes*. Ou seja, esta norma estabelece a inaplicabilidade do direito estrangeiro quando ele for incompatível com a ordem pública brasileira.

Em que pese a dificuldade doutrinária para se definir ordem pública, a meu sentir, no caso concreto, não há que se falar em ofensa na aplicação das leis do Estado de Nova Iorque porque mais benéfico ao credor o prazo prescricional.

Conforme ressaltado pelo professor Doutor JACOB DOLINGER:

A doutrina brasileira de direito internacional privado, na sua unanimidade, defende que a prescrição extintiva deve ser regida pela mesma lei que rege a substância do ato e entende que a ordem pública no direito internacional não impede a aplicação de lei estrangeira que estabeleça prazo diverso daquele fixado pela lei brasileira.

[...]

Não fere a ordem pública do direito internacional privado brasileiro a aplicação de lei estrangeira que estabeleça prazo prescricional mais longo daquele adotado na lei brasileira (e-STJ, fls. 786/787).

Além disso, conforme salientado pelo em. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, em seu voto-vista, *também é valor tutelado pela ordem jurídica nacional, a proteção à boa fé e à autonomia da vontade, que impõe aos contratantes a atuação transparente e coerente ao longo da negociação e mesmo após a extinção dos contratos*.

Daí por que deve ser privilegiado o livremente acordado entre as partes que afastaram a legislação brasileira e elegeram as leis do Estado de Nova Iorque para reger o contrato, presente, portanto, a não ocorrência de ofensa à ordem pública.

Quanto ao mérito, após análise dos presentes autos, constato que o contrato de empréstimo (*loan agreement*) em execução não está vinculado a nenhum outro documento que lhe possa tirar a força executiva.

Nesse contexto, é de grande valia breve digressão dos fatos para exata compreensão da *quaestio*, especialmente do contexto político e econômico do País à época em que a devedora Mendes Júnior passou a trabalhar no Iraque, de modo a situar o débito exequendo.

Esse cenário se estabeleceu no início da década de 70, quando o preço do petróleo subiu demasiadamente no mercado mundial, ocasionando a primeira

grande crise, em 1973, derivada de protesto pelo apoio prestado pelos Estados Unidos a Israel durante a Guerra do Yom Kippur, tendo os países árabes organizados na OPEP aumentado o preço daquela matéria prima em mais de 300%. Isso, prejudicou sobremaneira países como o Brasil, dependentes da importação daquele produto, sendo que o seu maior fornecedor à época era o Iraque.

Diante dessa situação, o governo brasileiro decidiu priorizar a exportação de bens e serviços para o Iraque, de maneira que também houvesse uma dependência daquele país em relação às nossas exportações, garantindo, assim, o imprescindível e estratégico fornecimento de petróleo e seus derivados ao povo brasileiro e, ao mesmo tempo, consolidando a balança comercial.

Como pontapé inicial, foi celebrado o Acordo de Cooperação Econômica e Técnica Brasil-Iraque, subscrito em 11.5.1977, devidamente aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 117, de 12.12.1977, e ratificado pela Presidência da República, pelo Decreto n. 81.136, de 29.12.1977.

Com isso, a Mendes Júnior foi convidada a participar, a partir de 1978, da execução de obras de grande porte e complexidade no Iraque, especialmente do projeto ferroviário daquele país (Ferrovia Bagdá-Al Q'Aim-Akashat, com 550 km de extensão).

Além da ferrovia, a ação coordenada do governo brasileiro possibilitou a execução de duas outras grandes obras pela Mendes Júnior, totalizando US\$ 2,1 bilhões, tendo a execução de tais obras gerado, em contrapartida, ingresso de divisas no Brasil em cerca de US\$ 1,0 bilhão (e-STJ, fl. 121).

Durante toda a atuação da Mendes Júnior no Iraque perdurou o relacionamento entre os governos brasileiro e iraquiano, que a partir de setembro de 1980 se viu em guerra como o Irã, o que comprometeu suas reservas, tornando-se inadimplente com as suas obrigações financeiras internacionais.

Assim, em 1983, a Mendes Júnior, com o auxílio do governo brasileiro, apresentou ao governo iraquiano a reivindicação de pagamento dos custos extraordinários ocorridos na execução de obras naquele país, causados pela guerra com o Irã.

A ocorrência de custos adicionais foi reconhecida pelos dois governos que, mediante a criação de um comitê *Ad Hoc*, firmaram aos 15.5.1984 acordo relativo à forma de compensação a ser feita, que estabelecia a adjudicação de três outras obras à Mendes Júnior.

Entretanto, o empreendimento ruiu porque o Iraque não o implementou, o que levou ao agravamento da situação financeira da Mendes Júnior.

Segundo a construtora, a parte não implementada do acordo deu ensejo a indenização equivalente a US\$ 217,2 milhões. Ainda, além dos custos extraordinários decorrentes da guerra, a Mendes Júnior se viu obrigada a incorrer em gastos adicionais de natureza extremamente diversificada, no montante de US\$ 199,7 milhões (e-STJ, fl. 123), totalizando US\$ 416,9 milhões.

Em face disso, outra alternativa não restou à Mendes Júnior senão a paralisação das obras que desenvolvia no Iraque, fato ocorrido em dezembro de 1987, afetando o relacionamento entre os dois países. Por conseguinte, o governo do Iraque começou a pressionar o governo brasileiro para retomada das obras, valendo-se, para tanto, da dependência brasileira em relação ao petróleo iraquiano.

Do esforço governamental para garantir o suprimento de petróleo no País e também para resolver as pendências da Mendes Júnior no Iraque, foram aprovadas as seguintes proposições, extraídas da carta denominada PRES-1077-88, de lavra do Presidente da Petrobrás, encaminhada ao então Ministro de Estado das Minas e Energias, Dr. Antônio Aureliano Chaves de Mendonça, datada de 15 de agosto de 1988:

a) absorção, pelo Governo Brasileiro, da indenização devida à Mendes Júnior no contexto de suas operações no Iraque subrogando-se o primeiro nos direitos e obrigações da mencionada empresa sob os respectivos contratos celebrados naquele país, absorção esta a ser efetivada através de mecanismos a serem desenvolvidos pelo Governo Brasileiro, para lastrear essa decisão através da confirmação dos valores reclamados pela Mendes Júnior, é conveniente a contratação de consultores internacionais independentes;

b) que o Ministério da Fazenda e o Banco do Brasil S.A. adotem medidas de recomposição dos compromissos a descoberto da Construtora Mendes Júnior, de forma a restabelecer níveis adequados à liquidez da empresa;

c) que seja desenvolvida estratégia para prosseguir os entendimentos diretos exclusivamente entre os dois Governos sobre as questões relacionadas com o contencioso que envolve a Mendes Júnior, visando ao ressarcimento da indenização originalmente devida à referida empresa;

d) que tendo em vista a adoção das medidas sugeridas nos itens a, b e c, seja implementado o Protocolo Comercial de 7.12.1987, visando sobretudo a evitar o rompimento dos vínculos de natureza comercial com o Iraque e a conseqüente perda de mercado (e-STJ, fls. 125/126).

Como fruto, foi celebrado o *Contrato de Cessão de Créditos realizado entre a Construtora Mendes Júnior S.A., em conjunto com a sua coligada Mendes Júnior International Company e o Banco do Brasil S.A.* (e-STJ, fls. 157/165), firmado aos 28 de julho de 1989, com as seguintes considerações:

- que a Construtora Mendes Júnior S.A. em conjunto com sua coligada Mendes Júnior International Company (sendo ambas as empresas a seguir denominadas conjuntamente *Mendes Júnior*), desenvolveu relevantes operações de exportação de bens e serviços para o Iraque, operações estas que se viram afetadas em consequência da guerra Irã-Iraque;

- a *proposição da PETROBRÁS - Petróleo Brasileiro S.A. contida na Carta PRES-1077/88 de 15.8.1988, aprovada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 17.8.1988, no sentido de que o Governo Federal absorva a indenização devida à Mendes Júnior no contexto de suas operações no Iraque, subrogando-se nos direitos e obrigações das mencionadas empresas decorrentes dos respectivos contratos celebrados naquele país;*

- que conforme enfatizado na mencionada carta nas atuais circunstâncias é plenamente justificada a intenção do Brasil de prosseguir na política de incremento da exportações para o Iraque, tornando-se para isso indispensável o equacionamento do contencioso derivado das operações da *Mendes Júnior* que se tem constituído em entrave à implantação de novos negócios naquele país;

- que para instrumentar a absorção acima citada, ficou resolvido fazer-se ao Banco do Brasil S.A., em nome do governo brasileiro, a cessão dos créditos referentes à indenização devida à *Mendes Júnior*, e, proceder-se à verificação da existência de tais créditos por consultores internacionais, obrigando-se a *Mendes Júnior* a acertar o resultado das conclusões dos referidos consultores;

- que os consultores internacionais independentes *Arthur Anderson S/C*, com matriz na cidade de Genebra, Suíça e *Thomas Akroyd Consultants*, com sede na cidade de Londres, Inglaterra, ambos aceitos pelo Banco do Brasil S.A. e *Petrobrás*, emitiram pareceres pronunciando-se favoravelmente quanto a existência dos mencionados créditos da *Mendes Júnior*; e,

- que a *Petrobrás*, como representante do Governo Brasileiro, atuará como mandatária do Banco do Brasil S.A. perante o Governo Iraquiano com o objetivo de obter o pagamento dos créditos reclamados (grifo nosso).

Continuando a análise do pacto de cessão de crédito, verifica-se, de suas principais cláusulas:

*Cláusula Primeira: Mendes Júnior cede ao Banco, e este aceita os créditos decorrentes da indenização dos direitos reclamados pela Mendes Júnior no contexto da execução dos contratos de construção celebrados com os seguintes*

organismos estatais iraquianos: Ministry of Transport e Communication/IRR - Iraqi Republic Railways; Ministry of Housing and Construction/SORB - State Organization for Roads and Bridges; and Ministry of Irrigation/RSOIP - Rafidain State Organization for Irrigation Projects.

*Cláusula Terceira:* Os supramencionados créditos da *Mendes Júnior* foram submetidos a exame dos consultores internacionais especializados Arthur Andersen S/C e Thomas Akroyd Consultants, havendo os respectivos pareceres concluído pela procedência dos direitos àqueles créditos.

*Tais créditos, que totalizam US\$ 421.574.422,38 (quatrocentos e vinte e um milhões, quinhentos e setenta e quatro mil, quatrocentos e vinte e dois dólares e trinta e oito centavos), correspondem a:*

- US\$ 217.227.600,00 (duzentos e dezessete milhões, duzentos e vinte e sete mil e seiscentos dólares), *relativos à cobrança da indenização do lucro que não ocorreu até hoje decorrente da falta de adjudicação pelo Iraque de duas novas obras à **Mendes Júnior**, não obstante o Acordo celebrado entre os dois Governos em 15.5.1984;*

- US\$ 204.346.822,38 (duzentos e quatro milhões, trezentos e quarenta e seis mil, oitocentos e vinte e dois dólares e trinta e oito centavos) *relativos à cobrança da indenização dos custos adicionais incorridos pela **Mendes Júnior** até novembro/87, no curso da execução das obras referidas na cláusula primeira do presente.*

*Cláusula Quarta:* Os créditos cedidos pela *Mendes Júnior* ao Banco, e identificados na cláusula terceira acima, dentro da ordem de prioridade e até os seus respectivos montantes destinar-se-ão a:

a) *liquidação, junto à BB-Leasing Co. Ltd. Empresa coligada ao **Banco**, dos compromissos da **Mendes Júnior** sob o Lease Agreement, celebrado em 6.6.1986, que hoje montam a US\$ 251.561.565,84 (...), conforme apurado em 31.5.1989;*

b) *ressarcimento, ao **Banco**, dos valores resultantes de eventual execução, pelas entidades iraquianas, das garantias emitidas pelo **Banco** para cobertura dos débitos e compromissos da **Mendes Júnior** no Iraque, equivalentes a US\$ 206.072.108,86 (...) calculados em 31.5.1989 (...):*

[...]

c) *amortização, junto ao Banco, nos novos prazos pactuados, dos valores já emprestados à **Mendes Júnior**, para solução de problemas de liquidez da empresa (e-STJ, fls. 158/162).*

Posteriormente, aos 4 de outubro de 1989, os devedores-recorridos contrataram um empréstimo de US\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de dólares) com o banco-recorrente, no qual o produto seria utilizado *para fins empresariais gerais* (e-STJ, fls. 64/99).



Da leitura desse pacto, constata-se a estipulação no item B do tópico 9º, denominado de *Conta Corrente para Pagamento dos Empréstimos*, o seguinte:

- Sem limitar as outras obrigações do Tomador sob este Contrato, o mesmo empenhará os seus melhores esforços para fazer com que fundos, num valor agregado de até US\$ 45.900.000,00 devidos pelo Governo do Iraque *por faturas aprovadas e não pagas ou retidas por contratos e devidas ao Tomador, sejam depositadas na Conta Corrente para Pagamento de Empréstimos* (e-STJ, fl. 79, grifo nosso).

A partir disso, apurara a vinculação do contrato de cessão de crédito ao título exequendo, qual seja, *loan agreement*.

Segundo os devedores-recorridos, *não há liquidez e certeza nos títulos que se consumiram com a absorção do Loan Agreement pelo Contrato de Cessão de Direitos firmado* (e-STJ, fl. 1.186).

Em verdade, não é esta a realidade dos autos.

Isso porque, conforme *Aviso/n. 055/92*, assinado pelo Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento, Marcílio Marques Moreira, endereçado ao Presidente do Banco do Brasil S.A., datado de 13.1.1992, verifica-se que:

*Em 28 de julho de 1989 a Construtora Mendes Júnior e a Mendes Júnior International Company firmaram com o Banco do Brasil, um contrato de Cessão de Créditos (...) de sua titularidade junto a diversas entidades governamentais iraquianas.*

A referida cessão teve origem em proposta da *Petrobrás* para que o Governo Brasileiro absorvesse a indenização devida à Mendes Júnior pelo Governo Iraquiano, subrogando-se nos direitos e obrigações da Empresa, decorrentes dos contratos celebrados com aquele país: tal proposta consubstanciou-se na carta PRES-1077/88 de 18.8.1988 (...) aprovada formalmente pelo Exmo. Sr. Presidente da República em 17 do mesmo mês, em documento encaminhado pelo então Ministro Aureliano Chaves (...). A intervenção do Governo Brasileiro seria, na visão da *Petrobrás*, justificada pela prática internacional, pois todos os países que tinham empresas executando obras no Iraque estariam dando apoio às mesmas para solução dos seus problemas.

*Posteriormente, foi elaborada, no antigo Ministério da Fazenda, a partir da proposta formulada pelo Banco do Brasil, um esquema para equacionamento das pendências da Mendes Júnior com o Iraque, em que se previa, inter alia, a cessão dos créditos da Mendes Júnior ao Banco do Brasil e a contratação pela Mendes Júnior de consultores internacionais independentes, aprovados pela Petrobrás e Banco do Brasil, que definiriam os valores e a procedência legal das indenizações reclamadas*

*pela Mendes Júnior. Tal esquema foi encaminhado pelo então Secretário Geral do Ministério da Fazenda ao Dr. Mário Jorge Gusmão Berard, então Presidente do Banco do Brasil, pelo ofício SGMF/N. 085 de 14.4.1989 [...]*

Os consultores internacionais independentes foram contratados e emitiram pareceres pronunciando-se favoravelmente quanto à existência dos créditos a favor da Mendes Júnior (5º considerando do Contrato de Cessão) e dessa forma a cessão foi contratada, com o Banco do Brasil, *agindo em nome do Governo Brasileiro*, e, em consonância com os termos do Contrato de Cessão, a Petrobrás constituída como mandatária do Banco do Brasil perante o Governo Iraquiano, com o objetivo de obter o pagamento dos créditos reclamados (Procuração encaminhada à Petrobrás pela carta DIRIN-281 de 13.9.1989, Doc. 5, anexo).

*Em 4 de outubro de 1989 a Mendes Júnior contratou um empréstimo de US\$ 45.000.000,00 (Quarenta e cinco milhões de dólares) com o Banco do Brasil para fazer face às despesas de remobilização, empréstimo esse concedido a pedido do Governo Brasileiro, pois, nas negociações que culminaram no acordo com o Governo Iraquiano para retomada das obras por parte da Mendes Júnior, ficaram suspensas todas as reivindicações de parte a parte, razão pela qual, as autoridades iraquianas entenderam que essa suspensão de reivindicações abrangia inclusive **o pagamento de faturas, em valor equivalente, apresentadas pela Mendes Júnior e em fase de processamento para pagamento pelos clientes iraquianos.***

*Entre outubro de 1989 e julho de 1990 a Mendes Júnior remobilizou-se paulatinamente, enviando um total de 490 funcionários para o Iraque, com vistas à retomada das obras cujo início dependia da prorrogação por parte do Governo Brasileiro do prazo de utilização das linhas de crédito do FINEX, que permitiria o financiamento dos serviços a serem prestados pela Mendes Júnior no Iraque. Essa prorrogação veio a acontecer em 27 de julho de 1990, por despacho da então Ministra Zélia Cardoso de Melo. A 2 de agosto o Iraque invadiu o Kuwait (e-STJ, fls. 184/187, grifo nosso).*

Daí a primeira assimetria entre os dois contratos, *Loan Agreement* e Cessão de Crédito. Este foi celebrado em razão de créditos pertencentes à Mendes Júnior, *relativos à cobrança da indenização do lucro que não ocorreu até hoje decorrente da falta de adjudicação pelo Iraque de duas novas obras à Mendes Júnior* — descumprimento do acordo celebrado pela Comissão Mista *Ad-Hoc* firmado aos 15.5.1984 (e-STJ, fls. 137/146) — e *à cobrança da indenização dos custos adicionais incorridos pela Mendes Júnior até novembro/87, no curso da execução das obras referidas na cláusula primeira do presente* (e-STJ, fl. 123); aquele foi celebrado *para fazer face às despesas de remobilização e está vinculado a créditos relativos ao pagamento de faturas, em valor equivalente, apresentadas pela Mendes Júnior e em fase de processamento para pagamento pelos clientes iraquianos* (e-STJ, fl. 186).

Não foi por acaso que o contrato de empréstimo (*loan agreement*) dispôs que a construtora-devedora, aqui recorrida, *empenhará os seus melhores esforços para fazer com que fundos, num valor agregado de até US\$ 45.900.000,00 devidos pelo Governo do Iraque por faturas aprovadas e não pagas ou retidas por contratos e devidas ao Tomador, sejam depositadas na Conta Corrente para Pagamento de Empréstimos* (e-STJ, fl. 79, grifo nosso).

Essa dessemelhança, ressaltado, é percebida em grande parte da documentação trazida pelos próprios devedores-recorridos, além, é claro, do supracitado *Aviso/n. 055/92*.

Na nota VIPIN-274, de 11.11.1988, citada no *Parecer CONJUR/CONSU n. 5.293*, de 17.6.1992, há a seguinte passagem:

*10º) O esquema para a retomada dos trabalhos pela Mendes Júnior no Iraque não deverá requerer desembolsos do Governo brasileiro, uma vez que, ao reiniciar as obras, aquela empresa terá liberado em seu favor o pagamento, pelo Governo do Iraque, de faturas já aprovadas e ainda não liquidadas, bem como a liberação de retenções contratuais efetuadas, num valor total equivalente a US\$ 45,9 milhões, sendo:*

US\$ milhões

- faturas aprovadas e ainda não pagas.....20,8
- retenções contratuais a serem devolvidas a empresa.....25,1 (e-STJ, fl. 212).

No *Parecer CONJUR/CONSU n. 5.293*, veja-se o seguinte trecho:

*Nesse contexto, foram retomadas as obras, obtidas as liberações alfandegárias dos equipamentos no Iraque, firmado contrato de cessão de créditos sob a condição de que tais créditos fossem reconhecidos e pagos pelos organismos estatais iraquianos, iniciados contatos com o Iraque para a prorrogação dos prazos de utilização das linhas de crédito e celebrado contrato entre o Banco do Brasil e a Mendes Júnior., no valor de US\$ 45 milhões, para gastos nas obras* (e-STJ, fl. 242).

No Of. PRESI-93/00608, assinado pelo então presidente do Banco do Brasil - BB, Alcir Augustinho Calliari, datado de 21.6.1993, endereçado ao Secretário do Tesouro Nacional, com o objetivo de identificar solução para as pendências entre o credor, o Instituto de Resseguros do Brasil e o Grupo Mendes Júnior, destacou que:

*O Parecer PGFN/PGA n. 201/93 (Processo n. 10168.007754/92-60) foi aprovado em 26.2.1993 pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda, que o encaminhou,*

na mesma data, à Ministra-Chefe da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República, através do Aviso n. 152/MF, para as providências necessárias a sua operacionalização, motivo pelo qual relaciono a seguir os créditos do Banco do Brasil para atender compromissos da Mendes Júnior S.A., a fim do que sejam alocados os recursos indispensáveis a sua liquidação:

[...]

b) operação de capital de giro (adiantamento), no valor original de US\$ 45 milhões, junto ao **BB-Grand Cayman**, visando a retomada das obras no Iraque, equivalente a faturas retidas da Mendes Júnior S.A. a serem liberadas após início dos serviços, também objeto de cobertura securitária do IRB (Certificado n. 403):

- Valor atualizado até 31.3.1993: US\$ 57,305 mil (e-STJ, fl. 266, grifo nosso).

Por conseguinte, por tudo o que foi desvendado até agora, é possível afirmar que o contrato de empréstimo (*loan agreement*) em execução não está vinculado a nenhum outro documento que lhe possa tirar a força executiva, em especial o pacto de Cessão de Créditos realizado entre a Construtora Mendes Júnior S.A., em conjunto com a sua coligada Mendes Júnior International Company e o Banco do Brasil S.A.

Na realidade, a única correspondência entre o *Loan Agreement* e o contrato de Cessão de Créditos é que eles têm origem no Despacho da Presidência da República, de 17.8.1988 — proferido em relação ao Parecer PRES-1077/88, de 18.8.1988, da Petrobrás, e coerente com os entendimentos existentes entre os governos brasileiro e iraquiano.

*Nessa conjuntura, concluo que o banco-recorrente é credor dos devedores-recorridos, detentor que é de título extrajudicial regular, que pode embasar a execução manejada, porque não está vinculado ao contrato de cessão de crédito.*

Este é o direito a ser aplicado à espécie.

Em aparte, acrescento:

A decisão a que se chega não pôde ser sinalizada por compromissos de políticos ou do governo brasileiro ou ditada por aspectos sociais. É por esse motivo que a direção tomada está estritamente dentro dos autos e corresponde à minha convicção, lastreada na prova produzida e no direito aplicável.

Em que pese a conclusão acima, não posso fechar os olhos para o enredo que envolveu os governos brasileiro e iraquiano, o Banco do Brasil S.A. e a Mendes Júnior.

É cristalino, consoante a farta documentação trazida aos autos, que o governo brasileiro considerou indispensável ao nosso desenvolvimento

econômico a permanência do Grupo Mendes Júnior no Iraque e, por essa razão, não olvidou esforços, às vezes pouco ortodoxos, nesse desiderato.

Dentre as ações que se seguiram, tem-se o Despacho presidencial, de 17.8.1988, proferido em relação ao Parecer PRES-1077/88, de 15.8.1988, da Petrobrás, que deu origem à própria cessão de créditos, à concessão do *loan agreement* de US\$ 45 milhões pelo BB - Grand Cayman e à reabertura das linhas de crédito FINEX, todas voltadas à permanência da Mendes Júnior no Iraque e a retomada das obras paralisadas por força do descumprimento de obrigações assumidas por aquele país.

O que se vê dos autos — pelo menos até o julgamento pelo Tribunal de Contas da União do Processo TC-013.383/91-4 (Inspeção Extraordinária realizada na área internacional do Banco do Brasil S.A.), em que se determinou à Direção do BB adotar as medidas cabíveis, na esfera judicial, com vistas ao recebimento de seus créditos —, é a busca para resolver as pendências existentes entre a União e o Grupo Mendes Júnior, decorrentes de contratos firmados no Iraque.

Embora evidente o esforço dos devedores-recorridos em sustentar a ausência de liquidez dos títulos executados, por terem sido extintos em razão do contrato de cessão de crédito, eles, como dito, não trouxeram nenhuma prova capaz de lhes tirar a força executiva.

Em suma: a dívida em execução, de US\$ 45 milhões de dólares, não está amarrada à cessão de crédito de outros tantos milhões de dólares.

Assim, merece reforma o acórdão recorrido, o que implica a improcedência dos embargos à execução.

Nessas condições, pelo meu voto, rendendo minhas homenagens ao Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Relator, e, quanto à fundamentação, ao Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, ***dou parcial provimento*** ao recurso especial para restabelecer a sentença de primeiro grau.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto pelo Banco do Brasil que se volta contra acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 949/950):

Embargos à execução. Prescrição dos títulos. Aplicação da lei estrangeira. Nulidade de sentença afastada. Contrato de empréstimo e notas promissórias

vinculadas a cessão de crédito. Fato do príncipe. Iliquidez e incerteza aferidas. Impossibilidade de prosseguimento da execução. Procedência da incidental. Honorários advocatícios fixação. Equidade e moderação.

Estabelecendo o título que a Lei de Nova York será aplicada no caso de execução do contrato, devem ser obedecidos os prazos prescricionais da lei estrangeira, o que não atenta contra a ordem pública do nosso país.

Não é nula a sentença que contém os requisitos estampados no artigo 458 do Código de Processo Civil, visto que havendo fundamentação, ainda que sucinta, de modo a transparecer as razões da convicção do julgado, não há de se lhe atribuir nulidade.

Verificando-se do contexto histórico que ensejou a emissão dos títulos executivos, bem como das provas acostadas aos autos que o contrato e notas promissórias que embasaram a demanda executiva encontram-se vinculados a pacto de cessão de crédito e que, ainda, em decorrência de fato do príncipe, o Governo Brasileiro, sub-rogou-se na responsabilidade pelo pagamento dos créditos ali inseridos, ausente a certeza e liquidez exigidos pelo nosso ordenamento como necessários aos títulos que sustentam execução.

Os honorários advocatícios fixados em razão da sucumbência estão adstritos a critérios de valoração delineados na lei processual, quais sejam, o grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, sendo que, em se tratando de embargos à execução de grande complexidade e que a tramitação do feito se arrastou por vários anos e, ainda, que não houve condenação, justifica-se que essa verba seja arbitrada em valor certo, em conformidade com a realidade traçada nos autos.

O Banco do Brasil S/A afirma que “os fundamentos e razões de decidir do Tribunal local podem ser assim sintetizados” (e-STJ fl. 1.098):

a) A obrigação exequenda carece de liquidez e certeza (CPC, art. 586), porque o Contrato que lhe deu origem, firmado em 04 de outubro de 1989 (fl. 899) lastreado pelos títulos exequendos garantidos pelos embargantes-executados, está vinculado ao Contrato de Cessão de Créditos, celebrado em 28.7.1989, pelo qual as empresas Mendes Júnior cederam os créditos decorrentes de serviços prestados ao Governo do Iraque;

b) A condição expressa nas cláusulas sétima e oitava do referido contrato de Cessão não mais existe em face de ter o Governo Brasileiro, aderindo ao embargo econômico da ONU ao Iraque em 1990 (Dec. n. 99.441/1990) tornado inviável o pagamento, por parte daquele país, dos créditos reclamados pelas empresas Mendes Júnior (fl. 902). O adimplemento da condição suspensiva ficou obstaculizado pelo fato do príncipe (fl. 958); nesse sentido, a declaração expressa no contrato (*g.n.*) de cessão de crédito tornou-se incondicional, já que seu cumprimento mostrou-se inviável (fl. 904).

c) A Administração pode causar dano ou prejuízo aos administrados e muito mais aos seus contratantes (fl. 904). O fato do príncipe pode externizar-se em lei, regulamento ou qualquer outro ato geral do Poder Público, que atinja a execução do contrato.

Alega a instituição financeira recorrente que houve ofensa aos arts. 535 e 596 do Código de Processo Civil de 1973; 20, 118, 120 e 1.073 do Código Civil de 1916 (atuais arts. 44, 985, 997, 125, 129 e 295) e ao art. 19 da Lei n. 4.595/1964.

Contrarrrazões às e-STJ fls. 1.156/1.186, em que os recorridos alegam prescrição dos títulos em que se funda a execução, ausência de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, bem como incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ.

Passo a examinar as alegações por capítulos.

#### ***1. Preliminar das Contrarrrazões - Prescrição.***

Relativamente à alegação de prescrição, aviada nas contrarrrazões do recurso especial, acompanho o entendimento adotado pelo acórdão recorrido e pelos demais votos já proferidos neste órgão julgador, no sentido de afastá-la.

De fato, entendo que não há óbice a que partes submetam o contrato às Leis de outro Estado e, ao mesmo tempo, estabeleçam que a avença possa ser executada no Brasil, desde que não haja ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.

Neste sentido, é a redação do já reiteradamente citado art. 17 do Código Civil de 1916:

Art. 17. As leis, atos, sentenças de outro país, bem como as disposições e convenções particulares, não terão eficácia, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Ainda que a prescrição seja matéria de ordem pública, cujo conhecimento deva ocorrer de ofício, entendo que não há impedimento a que as partes permitam a utilização de outro prazo previsto em legislação estrangeira, de modo a adequar a cobrança do crédito à realidade do contrato e da relação comercial estabelecida entre os contratantes.

O fato de a legislação do Estado de Nova Iorque (adotada no caso concreto) prever um prazo prescricional diferente do adotado pela lei brasileira não afeta a soberania nacional, a ordem pública ou os bons costumes.

É uma regra de prescrição tal qual ocorre no Brasil, apenas com conteúdo material diverso, qual seja, o tempo.

A existência de diferença entre os prazos apenas privilegiará um dos contratantes (ora o credor, ora o devedor), no entanto, não afronta o sistema judicial brasileiro.

Ao contrário, permite, no caso, que as partes tenham mais tempo de submeter as questões relativas ao contrato ao crivo do Poder Judiciário. Amplia o tempo de acesso à Justiça.

Diferentemente seria se a prescrição fosse afastada por completo, hipótese não admitida em nosso ordenamento para relações patrimoniais de cunho privado.

No caso, as partes, dispendo sobre direito disponível em relação eminentemente privada, podem se submeter a uma legislação que elasteça ou diminua o prazo para o exercício da pretensão jurisdicional, sem que isso macule o ordenamento jurídico pátrio.

Assim, adotando os fundamentos já apresentados, afasto a preliminar de prescrição invocada pela recorrida.

### ***2. Alegação de Ofensa ao Art. 535 do Código de Processo Civil de 1973.***

Assim como os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro afasto a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC de 1973.

Com efeito, o acórdão recorrido não se ressentir de vício de prestação jurisdicional, tendo apresentado fundamentação suficiente à solução dada à causa, tendo o Tribunal de origem se pronunciado sobre as questões argüidas pelo banco, sem incorrer em omissão, obscuridade ou contradição.

### ***3. Alegação de Ofensa aos Arts. 596 do Código de Processo Civil de 1973; 118, 120 e 1.073 do Código Civil de 1916.***

Relativamente ao art. 596 do Código de Processo Civil de 1973, alega a instituição financeira impossibilidade de vinculação de dois negócios jurídicos independentes.

Sustenta que a tese abraçada pelo acórdão recorrido não sobrevive a uma comparação entre as datas dos contratos, atestados pela própria decisão recorrida



ao evidenciar que o contrato de cessão de créditos (28.7.1989) antecede o contrato denominado *Loan Agreement* (4.10.1989).

Argumenta que, após a concretização da cessão de créditos, a Mendes Júnior realizou novos empréstimos, mas que não foram abrangidos pela cessão de crédito realizada muito anteriormente (e com o fim de amortizar valores já emprestados).

Repisa a tese de que é pessoa jurídica distinta da União e que “*como dito, o Banco do Brasil, no indigitado contrato de cessão, de um lado atuou como agente da União, consoante competência que lhe foi outorgada pelo art. 19, inciso 1, alínea f, c/c o inciso VII da Lei n. 4.595, de 31.12.1964. De outro, nenhuma participação teve no ato que, segundo a decisão recorrida, teria obstado o cumprimento da cessão*” (e-STJ fl. 1.107).

Conclui que (e-STJ fl. 1.108):

Se não foi ele - Banco do Brasil - quem editou o Decreto n. 99.441/1990, como, também, não foi ele quem determinou a retirada da Mendes Júnior do Iraque, é, pois, *impossível dizer que o Banco do Brasil seja responsável por qualquer prejuízo porventura causado em razão desses fatos, a quem quer que seja*, posto que a responsabilidade das pessoas jurídicas regidas pelo Direito Privado (Constituição Federal, art. 173, § 1º, II) somente pode decorrer de “ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência”, a teor do art. 159 do então vigente Código Civil, sendo, pois, imprescindível a existência de dolo ou culpa para a responsabilização do Banco do Brasil, o que *inocorre no caso presente*.

Em vista disso, fica patente o equívoco em que, data vênia, incorreu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais: decretar incerta e ilíquida a dívida exequenda em razão de um ato do qual não participou o credor, mas, sim, o Governo Brasileiro.

Quando muito, poderia esse ato gerar, para a União o dever de indenizar os prejuízos causados com a edição do Decreto n. 99.441/1990, de modo que a Mendes Júnior teria ação contra a União para dela haver a indenização porventura devida.

Conforme acima relatado, o recurso se funda em: a) ausência de vinculação dos contratos de cessão de crédito e empréstimo; b) distinção entre União e banco credor; c) ausência de responsabilidade pelo ato da União, de modo que o fato do príncipe não pode afetar a exeqüibilidade do título.

No que toca à alegação de que os contratos não estão vinculados, assim constou do acórdão recorrido (e-STJ fls. 983/985):

(...) na análise do pacto de cessão de crédito, verifica-se, em sua cláusula quarta que, “os créditos cedidos pela Mendes Júnior ao Banco, e identificados na cláusula

terceira acima, dentro da ordem de prioridade e até os seus respectivos montantes destinar-se-ão a: (...) c) amortização, junto ao Banco, nos novos prazos pactuados, dos valores já emprestados à Mendes Júnior, para solução de problemas de liquidez da empresa" (fl. 156).

É a partir da análise de tal condição, que se apurará a vinculação do presente contrato de cessão de crédito ao título exequendo, qual seja, o contrato de empréstimo, do qual se originaram as notas promissórias excutidas, observando-se a respeito que:

O contrato denominado de *Loan Agreement* (fl. 25-57), firmado em 04 de Outubro de 1989, traduzido às fl. 58-93, estipulou que:

"Considerando que por solicitação do Tomador, o Banco acordou em fazer os empréstimos ao tomador, de tempos em tempos em conformidade com os termos e as provisões deste contrato em um valor agregado total de, mas não ultrapassando a US\$ 45.000.000,00 para os propósitos gerais da empresa do Tomador" (fl. 59) e, ainda, "o Tomador utilizará o produto do empréstimo para fins empresariais gerais" (fl. 80)."

Assiste, portanto, razão ao Banco do Brasil quando alega que foram cedidos pela Mendes Júnior os créditos em face do Iraque, especificados na cláusula terceira do contrato de cessão, em troca da amortização, junto ao Banco, dos valores *já emprestados* à empresa, na data do contrato de cessão, data esta incontestavelmente anterior ao contrato de empréstimo ora executado (*Loan Agreement*).

A propósito, transcrevo da sentença:

Também nenhuma razão assiste aos embargantes ao afirmarem extintos os valores reclamados pelo credor por força do "contrato de cessão de créditos realizado entre a Construtora Mendes Júnior S/A, em conjunto com a sua Coligada Mendes Júnior Internacional Company, e o Banco do Brasil S/A", anexado, por cópia às f. 151 e seguintes destes autos.

Nesta avença, celebrada aos 29 de julho de 1.989, foram cedidos ao Banco do Brasil S/A "os créditos decorrentes da indenização dos direitos reclamados pela Mendes Júnior no contexto da execução dos contratos de construção celebrado com os seguintes organismos estatais iraquianos: Ministry of Transport Communication/IRR - Iraqi Republic Railways; Ministry of Housing and Construction/SORB - State Organization of Roads and Bridges; and Ministry of Irrigation/RSOIP - Rafidain State/Organization for Irrigation Projects" (cf. cláusula primeira, às f. 152).

Os valores destes créditos, quando recebidos, destinar-se-iam à liquidação e ao ressarcimento dos valores consignados na cláusula quarta do contrato (cf. f. 155 e 156), entre os quais não estão incluídos os valores reclamados na execução ora embargada.

Ressalte-se, ademais que os títulos exequendos foram constituídos em outubro de 1.989 (cf. f. 12 a 132 e 133 a 162 dos autos da execução), após, portanto, a celebração do contrato de cessão de crédito, firmado em julho de 1.989, não podendo, via de conseqüência, serem alcançados por este.

Desta forma, devem ser afastadas todas as alegações feitas na exordial visando a desconstituição dos títulos exequendos, fundadas que foram no referido contrato de cessão de créditos, o que torna desnecessário a análise das mesmas.

Não impressiona a alusão feita pelo acórdão recorrido à existência de cláusula no *Loan Agreement* prevendo a existência de conta corrente remunerada em nome da Mendes Júnior para pagamento de empréstimos, na qual deveriam ser vertidos pelo tomador valores em dólares devidos pelo Governo do Iraque por faturas aprovadas e não pagas.

Com efeito, conforme se depreende da leitura do acórdão recorrido, o contrato de cessão anteriormente celebrado, para pagamento de valores já emprestados pelo Banco do Brasil, não implicava a cessão de todas as obrigações do Iraque passadas, presentes e futuras, em relação à Mendes Junior, mas apenas das especificadas em sua cláusula terceira.

O voto do Ministro Moura Ribeiro bem esclarece a existência de diferentes créditos da Mendes Júnior contra o Governo do Iraque:

Daí a primeira assimetria entre os dois contratos, *Loan Agreement* e Cessão de Crédito. Este foi celebrado em razão de créditos pertencentes à Mendes Júnior, *relativos à cobrança da indenização do lucro que não ocorreu até hoje decorrente da falta de adjudicação pelo Iraque de duas novas obras à Mendes Júnior* - descumprimento do acordo celebrado pela Comissão Mista Ad-Hoc firmado ao 15.5.1984 (e-STJ, fls. 137/146) - e *à cobrança da indenização dos custos adicionais incorridos pela Mendes Junior até novembro/87, no curso da execução das obras referidas na cláusula primeira do presente* (e-STJ, fl. 123); aquele foi celebrado para fazer face às despesas de remobilização e está vinculado a créditos relativos ao *pagamento de faturas, em valor equivalente, apresentadas pela Mendes Júnior e em fase de processamento para pagamento pelos clientes iraquianos* (e-STJ, fl. 186).

Tenho, portanto, que assiste razão ao recorrente quando afirma que, sem necessidade de reanálise de provas dos autos, com base apenas nos fatos expostos no acórdão recorrido, é possível, como o fez a sentença, estabelecer a ausência de vínculo entre a cessão de crédito, ocorrida em julho de 1989, e o novo empréstimo concedido pelo Banco recorrente à mesma empresa em outubro de 1989, para fins empresariais gerais.

A propósito da condição suspensiva à qual estava sujeito o contrato de cessão de créditos anterior ao *Loan Agreement* ora em execução, consta do acórdão recorrido (e-STJ fl. 986):

Alega o credor que o contrato de cessão de crédito contém condição, em suas cláusulas sexta e sétima, *verbis*:

Cláusula Sétima: A presente cessão é celebrada sob condição de que os créditos objeto deste contrato, sejam reconhecidos e pagos pelo organismos estatais iraquianos devedores, mencionados na cláusula primeira.

Cláusula Oitava: Não constituindo o presente contrato novação quanto a pagamentos, prazos, importâncias e demais condições das obrigações da Mendes Júnior para com o Banco, este só lhe dará quitação dos débitos, quando efetivamente receber os respectivos valores de seus créditos, podendo o Banco, desde que o Governo Iraquiano não reconheça os créditos objeto deste Contrato, no prazo de 18 meses contados a partir desta data, prorrogável de comum acordo entre as partes, exigi-los diretamente da Mendes Júnior (fl. 157).

Contudo, nesse aspecto também não merecem guarida as assertivas do exeqüente, visto ser notório que o Governo brasileiro, através do Decreto n. 99.441/1990, firmado em 07 de agosto de 1990, para dar efetividade Resolução n. 661-90 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que decretava boicote financeiro ao raque (fl. 167-169), acabou por impedir que organismos brasileiros buscassem junto ao Governo Iraquiano qualquer tipo de ressarcimento.

(...)

Certo é que a época da edição do aludido decreto, que, repita-se, efetiva a adesão do país ao embargo internacional ao Iraque, ainda não havia decorrido o prazo de dezoito meses previsto no contrato de cessão de crédito, para que se implementasse a condição suspensiva, o que, em decorrência do fato do príncipe, consubstanciado na edição do Decreto n. 99.441 pela União, acabou por inviabilizar o seu cumprimento.

(...)

*Nesse sentido, entendo que a declaração expressa no contrato de cessão de crédito tornou-se incondicional, já que o seu cumprimento mostrou-se inviável, em razão do embargo econômico a que aderiu o Brasil engendrado em razão da invasão do Irã pelo Iraque. Como conseqüência do fato do príncipe, o Governo Brasileiro, através da União, tomou para si as responsabilidades contratuais da Mendes Júnior junto ao Governo iraquiano. (grifo não constante do original).*

Entendo, todavia, que a anterior cessão de créditos, além de sem vínculo com o posterior *Loan Agreement*, também não aproveita à parte recorrida, porque submetida a condição que não se implementou, conforme entendimento expresso no voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze, a cujos fundamentos adiro:

“Inicialmente, entendeu o acórdão recorrido que, apesar da contratação expressa de condição suspensiva ao contrato de cessão de crédito, sua realização fora obstada por ato da União, em exercício da soberania, o que ensejaria o reconhecimento da existência de fato do príncipe.

Com efeito, é questão fática o reconhecimento de que a edição do Decreto n. 99.441/1990 obstou a realização da condição suspensiva prevista pelas partes no contrato de cessão de crédito. No entanto, a questão controvertida transborda a mera discussão acerca da concretização ou não do fato do príncipe, impondo-se na verdade a verificação das consequências advindas da não concretização da referida cláusula.

(...)

Nessa trilha, tem-se que os créditos cedidos pela recorrida ao Banco do Brasil não poderiam ser cobrados do governo iraquiano. Esse fato, por si só, já seria suficiente para se concluir que as partes, Banco do Brasil e Mendes Júnior Participações S.A., deveriam retornar a situação antecedente à formalização do contrato, não se concluindo a referida cessão do crédito.

Esse mesmo resultado seria alcançado se se partisse de premissa diversa, qual seja, a de que havia uma cláusula de condição suspensiva no referido contrato de cessão, porém não concretizada. Pois bem, não implementada a condição suspensiva, por qualquer outro fundamento que não a ocorrência do fato do príncipe, o direito objeto do negócio jurídico a ela subordinado não alcança a eficácia; transportando esse raciocínio para a situação concreta dos autos, tem-se que o crédito não seria efetivamente cedido. E nem se argumenta que a cláusula condicional, ante sua impossibilidade, seria tida por inexistente.

Ora, se há impossibilidade de realização da condição suspensiva na hipótese dos autos, essa impossibilidade é jurídica, e não física ou material. Assim, nos termos do art. 116 do CC/1916, o resultado também por essa via será o reconhecimento da invalidade do negócio condicionado, devendo as partes serem restituídas ao *status quo ante*. Veja-se a regra vigente à época: “Art. 116. As condições fisicamente impossíveis, bem como as de não fazer coisa impossível, têm-se por inexistentes. As *juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados*”.

Daí deve-se concluir que, seja em razão do fato do príncipe ou não, a ausência de concretização da condição importa, *in casu*, na absoluta ineficácia da cessão de crédito. Por óbvio, não se esta aqui afastando eventual relação de

responsabilidade da União na condução e construção de uma solução para uma contenda histórica e política, que envolve de um lado a empresa brasileira e, de outro, o Estado do Iraque. Entretanto, do ponto de vista jurídico, a conclusão deve ficar restrita à aplicação da regra que, afinal, existia de forma clara à época dos eventos.

Por sua vez, afastada a eficácia do contrato de cessão de crédito, cai por terra também a discussão quanto a sua vinculação ao contrato de empréstimo. *Este não se subordinando a qualquer condição, foi realizado e aperfeiçoado, com a incontroversa transferência dos valores contratados.* Vale ressaltar que, nos embargos à execução, não houve qualquer impugnação à disponibilização efetiva dos valores contratados a título de empréstimo, argumento este suscitado inoportunamente em contrarrazões ao recurso especial (e-STJ, fl. 1.181).

De toda sorte, reconhecendo as partes que, em razão de um evento externo, imprevisto e irresistível (fato do príncipe), também este contrato teve seu adimplemento impedido, igualmente aqui seria aplicável a excludente da força maior, a fim de resolver o contrato com a restituição das partes ao *status quo ante*, o que significa, restituir os valores objeto do contrato de empréstimo.

Desse modo, não há dúvida quanto à existência do título que consubstancia a obrigação (contrato de empréstimo), à quantidade de bens que é objeto da obrigação (valor objeto do empréstimo), ou o momento em que deveria ter sido adimplida a obrigação. Tem-se, portanto, preenchidos os requisitos de exequibilidade pelo contrato exequendo, requisitos estes que não são afastados mesmo diante da oposição de embargos à execução.

Considero, portanto, ofendido o art. 118 do Código Civil de 1916, segundo o qual “subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.”

Com efeito, a partir do fato incontroverso de que não ocorreu a condição suspensiva - pagamento pelo Iraque dos créditos cedidos - o acórdão recorrido, ao invés de reputar não adquirido o direito visado pelo contrato, teve por inexistente a condição expressamente pactuada, transformando em “incondicional” um contrato que as partes expressamente estabeleceram condicional.

Por outro lado, o ressarcimento por eventual prejuízo sofrido pela parte recorrida em decorrência do fato do príncipe - adesão do Brasil ao embargo econômico ao Iraque, por meio do Decreto n. 99.441/1990 - haveria de ser postulado em face da União e não do Banco do Brasil.

Em face do exposto, com a devida vênia do eminente Relator, acompanho a divergência.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.471.569-RJ (2014/0187581-7)**

---

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva  
Recorrente: Unimed Norte Fluminense Cooperativa de Trabalho Médico  
Advogados: Ana Regina Auban dos Santos e outro(s)  
Vanessa Sally Saraiva  
Recorrido: Rosane Brasil Fonseca de Oliveira  
Recorrido: Everardo Junger de Oliveira  
Advogado: Felipe Boechat do Carmo Silva e outro(s)

---

**EMENTA**

Recurso especial. Civil. Plano de saúde coletivo empresarial. Denúncia do contrato pela operadora. Rescisão unilateral. Legalidade. Migração de usuário para plano individual. Manutenção das condições assistenciais. Preço das mensalidades. Adaptação aos valores de mercado. Regime e tipo contratuais diversos. Relevância da atuária e da massa de beneficiários.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se a migração do beneficiário do plano coletivo empresarial extinto para o plano individual ou familiar enseja não somente a portabilidade de carências e a compatibilidade de cobertura assistencial, mas também a preservação dos valores das mensalidades então praticados.

2. Os planos de saúde variam segundo o regime e o tipo de contratação: (i) individual ou familiar, (ii) coletivo empresarial e (iii) coletivo por adesão (arts. 16, VII, da Lei n. 9.656/1998 e 3º, 5º e 9º da RN n. 195/2009 da ANS), havendo diferenças, entre eles, na atuária e na formação de preços dos serviços da saúde suplementar.

3. No plano coletivo empresarial, a empresa ou o órgão público tem condições de apurar, na fase pré-contratual, qual é a massa de usuários que será coberta, pois dispõe de dados dos empregados ou servidores, como a idade e a condição médica do grupo. Diante disso, considerando-se a atuária mais precisa, pode ser oferecida uma mensalidade inferior àquela praticada aos planos individuais.

4. Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos podem ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de

12 (doze) meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias (art. 17, parágrafo único, da RN n. 195/2009 da ANS). A vedação de suspensão e de rescisão unilateral prevista no art. 13, parágrafo único, II, da Lei n. 9.656/1998 aplica-se somente aos contratos individuais ou familiares.

5. A migração ou a portabilidade de carências na hipótese de rescisão de contrato de plano de saúde coletivo empresarial foi regulamentada pela Resolução CONSU n. 19/1999, que dispôs sobre a absorção do universo de consumidores pelas operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde que operam ou administram planos coletivos que vierem a ser liquidados ou encerrados. A RN n. 186/2009 e a RN n. 254/2011 da ANS incidem apenas nos planos coletivos por adesão ou nos individuais.

6. Não há falar em manutenção do mesmo valor das mensalidades aos beneficiários que migram do plano coletivo empresarial para o plano individual, haja vista as peculiaridades de cada regime e tipo contratual (atuária e massa de beneficiários), que geram preços diferenciados. O que deve ser evitado é a abusividade, tomando-se como referência o valor de mercado da modalidade contratual.

7. Nos casos de denúncia unilateral do contrato de plano de saúde coletivo empresarial, é recomendável ao empregador promover a pactuação de nova avença com outra operadora, evitando, assim, prejuízos aos seus empregados, pois não precisarão se socorrer da migração a planos individuais, de custos mais elevados.

8. Recurso especial provido.

## ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 1º de março de 2016 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

---

DJe 7.3.2016



## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Unimed Norte Fluminense Cooperativa de Trabalho Médico*, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Noticiam os autos que *Rosane Brasil Fonseca de Oliveira* e seu cônjuge ajuizaram ação ordinária de obrigação de fazer contra a recorrente visando que os valores das mensalidades do plano de saúde individual oriundo de migração fossem os mesmos praticados quando vigente o contrato coletivo empresarial rescindido.

Asseveraram que a operadora de plano de saúde denunciou unilateralmente o contrato coletivo firmado com a Prefeitura Municipal de Itaperuna, em benefício de seus servidores, após a negativa de reajuste no patamar de 37%. Em substituição, foi permitido o ingresso dos usuários prejudicados nos planos de assistência médica na modalidade individual ou familiar, mas com mensalidades muito superiores às praticadas no plano primitivo, inviabilizando, assim, a permanência no novo plano.

A demandada, em contestação, aduziu, entre outras alegações, que foi obrigada a rescindir o contrato coletivo de assistência médica para a manutenção do equilíbrio financeiro, já que haveria alta sinistralidade do grupo e “teria sofrido um prejuízo de aproximadamente R\$ 450.000,00 no ano de 2011” (fl. 218). Acrescentou que na migração para o plano individual não foram exigidas novas carências e que “os valores mensais precisaram ser adaptados aos valores impostos pela tabela própria dos planos individuais” (fl. 218).

O magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido para que o plano individual fosse integralmente custeado pelos demandantes, “observando-se para o cálculo da contraprestação mensal o valor da mensalidade satisfeita no último mês de vigência do contrato coletivo, aplicando-se a partir de então os critérios de reajustes previstos na RN 254 da ANS e outros reajustes previstos em razão da mudança da faixa etária” (fl. 227), com observância das vedações inseridas no Estatuto do Idoso.

Irresignada, a *Unimed* interpôs apelação, a qual teve o seguimento negado monocraticamente pelo Desembargador relator. Em seguida, o agravo inominado interposto não foi provido. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Agravo inominado interposto contra decisão monocrática proferida em sede de apelação. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde coletivo. Resilição unilateral pela seguradora. Possibilidade de migração para plano de saúde individual.

- Parte autora que aduz ser beneficiária do plano de saúde coletivo celebrado entre a ré e a Prefeitura Municipal de Itaperuna.

- Proposta de reajuste de 37% apresentada pela empresa ré rejeitada pela Prefeitura de Itaperuna.

- Rescisão unilateral do contrato coletivo de saúde pela seguradora, com o envio da notificação prévia correspondente.

- Possibilidade de migração dos beneficiários para o plano individual.

- Seguradora que, como condição para promover a migração, impôs prestações em valores muito superiores aos praticados pelo contrato rescindido.

- Controvérsia acerca da manutenção da mensalidade compatível com o plano originário.

- Dever legal da seguradora em manter a identidade das faixas de preço dos planos de origem e destino. Aplicação do disposto na Resolução Normativa n. 254/2011, da ANS.

- Reajuste das prestações imposto pela seguradora que implica em desvantagem exagerada ao usuário do seguro saúde, o que constitui cláusula abusiva, conforme artigo 39, V, do CDC, nula de pleno direito, na forma prevista do artigo 51, IV, do mesmo Estatuto.

*Precedentes do TJ-RJ. Manutenção da sentença. Agravo inominado ao qual se nega provimento (fls. 335/336).*

No especial, a recorrente aponta a ocorrência de divergência jurisprudencial quanto à interpretação dos arts. 16, VII, 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998 bem como de resoluções normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (RN n. 195/2009 e RN n. 254/2011).

Alega, em síntese, que não pode ser mantido o mesmo valor das mensalidades aos beneficiários que migram do plano coletivo empresarial para o plano individual, haja vista as características peculiares de cada tipo contratual, como a base atuarial distinta e a impossibilidade de reajuste por desequilíbrio econômico-financeiro no plano individual.

Quanto à inaplicabilidade da RN n. 254/2011, pontifica que:

(...)

O acórdão, ao manter a sentença recorrida, não observou a classificação do contrato objeto da lide, e entendeu, *data maxima venia*, equivocadamente, que o

contrato era coletivo por adesão e aplicou a RN 254, da ANS, que dispõe sobre a migração para os contratos coletivos por adesão celebrados até 1º de janeiro de 2009.

Conforme sustentando no apelo, que ora se reitera, a referida RN 254, da ANS, não se aplica ao caso concreto, eis que os contratos sujeitos à migração são aqueles definidos no art. 13 da RN 254, quais sejam, planos individuais ou familiares e coletivos por adesão, conforme abaixo transcrito, não se estendendo o benefício aos contratos coletivos empresariais, que é o caso dos autos (fl. 356).

Aduz que o reajuste das mensalidades no plano coletivo empresarial não é vinculado à prévia autorização da ANS e que

(...) a contratada tem condições de verificar, na fase pré-contratual, qual a massa de beneficiários que será coberta, com a apuração da idade do grupo, e diante disso, considerando-se a estatística aplicável, oferecer uma mensalidade inferior àquela praticada ao cliente individual, sendo que, se constatado no curso da prestação dos serviços um desequilíbrio econômico-financeiro devido à alta sinistralidade da massa e inflação acumulada no período, pode a contratante, em livre negociação com a contratada, ajustar um reajuste que viabilize a manutenção dos serviços (fl. 369).

Por outro lado, assevera que no plano individual a operadora

(...) não tem livre negociação de preço sobre a mensalidade que será paga diretamente pelo cliente, pois os valores praticados devem ser previamente aprovados pela ANS, mediante notas técnicas, e serem cobrados, indistintamente, de todos os clientes que contratam aquela cobertura específica no mesmo período. É, em outras palavras, a tabela vigente na época da contratação ou migração. Não há, portanto, no contrato de saúde individual ou familiar, uma livre negociação do valor do prêmio (mensalidade), sendo obrigatória a aplicação da tabela aprovada pela ANS (fl. 370).

Assim, defende a tese de que, aceita a migração do beneficiário do plano coletivo empresarial para o plano individual, o usuário se sujeita ao pagamento do custo diretamente à operadora, segundo as regras do tipo do contrato, que, na hipótese, deve equivaler aos preços oferecidos no mercado.

Por fim, sustenta que a manutenção indevida dos preços das mensalidades provocará, a médio prazo, “a inviabilidade de continuação da iniciativa privada na exploração do negócio referente à saúde suplementar” (fl. 374).

Após o decurso do prazo para a apresentação de contrarrazões (fl. 404), o especial foi admitido na origem (fls. 406/407).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso, ou, caso conhecido, pelo provimento. O parecer restou assim sumariado:

Recurso Especial. Direito do Consumidor. Divergência jurisprudencial. Ausência de indicação do dispositivo violado. Deficiência da fundamentação. Súmula n. 284/STF. Plano de saúde coletivo. Contrato com Prefeitura municipal. Rescisão. Direito dos beneficiários à migração para planos individuais. Manutenção de condições similares às do plano coletivo. Valor a ser pago a título de prêmio. Necessária compatibilidade com valores cobrados em planos individuais equivalentes. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

1. O conhecimento do recurso especial, mesmo o interposto pela alínea c do permissivo constitucional, pressupõe a indicação do dispositivo federal em relação ao qual teria ocorrido a interpretação divergente entre Tribunais. A ausência de indicação da norma federal objeto do dissídio jurisprudencial implica na deficiência da fundamentação recursal, atraindo a incidência da Súmula n. 284/STF.

2. Nos termos da legislação de regência, é garantido aos beneficiários de planos coletivos de saúde o direito à migração para planos de saúde individuais da mesma operadora, em condições similares às do plano coletivo, vedada a contagem de nova carência.

3. No que tange ao valor a ser pago a título de prêmio pelos beneficiários dos planos individuais, se de um lado não se pode admitir abuso por parte da operadora dos planos de saúde, por outro não se pode desconsiderar os custos envolvidos na prestação dos serviços, que são diferentes em planos individuais e planos coletivos.

4. Impor à seguradora a manutenção de diversos contratos individuais com as mensalidades de planos coletivos implica em desestabilizar o equilíbrio econômico contratual.

5. A solução que parece melhor compatibilizar o direito dos consumidores à continuidade dos serviços de saúde suplementar e o direito da seguradora ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos celebrados é a que permite a garantia de migração para contratos individuais, com características similares às do plano coletivo, sem a necessidade de cumprimento de novas carências, mas com o valor a ser pago a título de prêmio compatível com aquele observado para outros contratos individuais equivalentes.

Parecer pelo não conhecimento do recurso e, caso superado o óbice, por seu provimento (fls. 429/430).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): De início, impende asseverar que os requisitos de admissibilidade do recurso especial foram preenchidos, de modo que *merece ser conhecido*.

De fato, ao longo da peça recursal foram mencionados os arts. 16, VII, 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998, sendo de afastar, portanto, a invocada Súmula n. 284/STF, já que não evidenciada a deficiência de fundamentação.

Além disso, a matéria ventilada nas razões do recurso foi devidamente prequestionada bem como a divergência jurisprudencial foi satisfatoriamente comprovada.

No mais, *cinge-se a controvérsia a saber se a migração do beneficiário do plano coletivo empresarial extinto para o plano individual ou familiar enseja não somente a portabilidade de carências e a compatibilidade de cobertura assistencial, mas também a preservação dos valores das mensalidades então praticados, haja vista os regimes e tipos diferentes de contratação*.

*1. Da formação de preços das mensalidades dos planos de saúde individuais e coletivos empresariais – bases de cálculo distintas*

Como cediço, os planos de saúde variam segundo o regime e o tipo de contratação. Assim, consoante o art. 16, VII, da Lei n. 9.656/1998, há três modalidades: (i) individual ou familiar, (ii) coletivo empresarial e (iii) coletivo por adesão.

O plano de saúde individual é aquele em que a pessoa física contrata diretamente com a operadora ou por intermédio de um corretor autorizado. A vinculação de beneficiários é livre, não havendo restrições relacionadas ao emprego ou à profissão do usuário em potencial (art. 3º da RN n. 195/2009 da ANS).

Já o plano de saúde coletivo é aquele contratado por uma empresa, conselho, sindicato ou associação junto à operadora de planos de saúde para oferecer assistência médica e/ou odontológica às pessoas vinculadas às mencionadas entidades bem como a seus dependentes.

Como visto, são dois os regimes de contratação de planos de saúde coletivos: o *coletivo empresarial*, o qual garante a assistência à saúde dos funcionários da empresa contratante em razão do vínculo empregatício ou estatutário (art. 5º

da RN n. 195/2009 da ANS), e o *coletivo por adesão*, contratado por pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, como conselhos, sindicatos, cooperativas e associações profissionais (art. 9º da RN n. 195/2009 da ANS).

Quanto à *formação de preços* dos serviços de saúde suplementar e ao *reajuste das mensalidades*, o cálculo difere entre as três modalidades de plano de saúde.

Com efeito, no *plano coletivo empresarial*, a empresa ou o órgão público tem condições de apurar, na fase pré-contratual, qual é a massa de usuários que será coberta, pois dispõe de dados dos empregados ou servidores, como a idade e a condição médica do grupo. Diante disso, considerando-se a atuária mais precisa, pode ser oferecida uma mensalidade inferior àquela praticada aos planos individuais. Ademais, ao se constatar, na execução contínua do contrato, um desequilíbrio econômico-financeiro devido à alta sinistralidade da massa e à inflação acumulada no período, pode a operadora, em livre negociação com a estipulante, pactuar um reajuste que viabilize a manutenção dos serviços de saúde suplementar. Em outras palavras, o reajuste anual nesse tipo de contratação é apenas acompanhado pela ANS, para fins de monitoramento da evolução dos preços e de prevenção de práticas comerciais abusivas, não necessitando, todavia, de sua prévia autorização.

Assim, não havendo mais interesse na prestação dos serviços por qualquer das partes, os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos podem ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de 12 (doze) meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias (art. 17, parágrafo único, da RN n. 195/2009 da ANS).

Cumprе ressaltar que a vedação de suspensão e de rescisão unilateral prevista no art. 13, parágrafo único, II, da Lei n. 9.656/1998 aplica-se somente aos contratos individuais ou familiares.

Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Civil e Processual Civil. Plano de saúde. Resilição unilateral. Plano coletivo. CDC. Inaplicabilidade. Admitida rescisão unilateral do plano coletivo/empresarial. Súmula 83/STJ. Dissídio não demonstrado. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.421.266/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 23.10.2015)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Plano de saúde coletivo. Rescisão unilateral. Possibilidade. Recurso não provido.

1. É possível a resilição unilateral do contrato coletivo de saúde, uma vez que a norma inserta no art. 13, II, b, parágrafo único, da Lei n. 9.656/1998 aplica-se exclusivamente a contratos individuais ou familiares. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 539.288/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 9.2.2015)

Recurso especial. Seguro de assistência à saúde de contratação coletiva. Pactuação anterior à vigência da Lei n. 9.656/1998. Aplicação, em princípio, afastada. Cláusula que prevê a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde coletivo, com prévia notificação. Legalidade. A vedação constante do artigo 13 da Lei n. 9.656/1998 restringe-se aos planos ou seguros de saúde individuais ou familiares. Código de Defesa do Consumidor. Violação. Inocorrência. Direito de denúncia unilateral concedida a ambas as partes. Recurso improvido.

I - O contrato de assistência médico-hospitalar em tela, com prazo indeterminado, fora celebrado entre as partes em data anterior à entrada em vigor da Lei n. 9.656 de 1998, o que, em princípio, afastaria sua incidência à espécie;

II - O pacto sob exame refere-se exclusivamente a plano ou seguro de assistência à saúde de contratação coletiva, enquanto que o artigo 13, parágrafo único, II, *b*, aponta a nulidade da denúncia unilateral nos planos ou seguros individuais ou familiares;

III - O Código de Defesa do Consumidor considera abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que autoriza o fornecedor a rescindir o contrato unilateralmente, se o mesmo direito não for concedido ao consumidor, o que, na espécie, incontroversamente, não se verificou;

IV - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 889.406/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 17.3.2008)

Por sua vez, no *plano de saúde individual ou familiar*, não existe livre negociação de preço sobre a mensalidade que será paga diretamente pelo beneficiário, visto que os valores praticados devem ser aqueles compatíveis com o mercado e previamente aprovados pela ANS, mediante notas técnicas, devendo ser cobrados indistintamente de todos que contratem aquela cobertura específica no mesmo período, segundo a faixa etária de cada um. Nessa modalidade, o preço e os reajustes anuais são vinculados à prévia autorização da ANS, não guardando o índice de reajuste correlação com a sinistralidade do plano de saúde em si, mas com outros parâmetros adotados em metodologia particular.

## 2. Da migração de planos de saúde, da adaptação e da portabilidade de carências

A migração de plano de saúde e a portabilidade de carências, incluídas as especiais e as extraordinárias, são institutos similares, mas possuidores de regulamentação distinta. Enquanto o primeiro se refere a contratos firmados

em data anterior a 1º.1.1999 (contratos antigos), efetivando-se no âmbito da mesma operadora, o segundo abrange o período posterior, sem limitação de operadora.

De fato, conforme a RN n. 254/2011 da ANS, a *migração* é a celebração de novo contrato de plano privado de assistência à saúde ou o ingresso em contrato de plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, no âmbito da mesma operadora, referentes a produtos com registro em situação “ativo”, concomitantemente com a extinção do vínculo ou do contrato, anterior a 1º de janeiro de 1999 (art. 2º, II).

O direito de migração é garantido para os beneficiários de planos antigos, individuais ou familiares ou coletivos por adesão, sendo dispensada nova contagem de carências. Além disso, deve haver compatibilidade com o plano de origem e adequação à faixa de preço, cujos valores não podem ser superiores aos praticados em condições normais de comercialização do mesmo produto.

Desse modo, na migração, comumente a mensalidade é majorada, já que é necessário o enquadramento do valor do plano antigo em faixa de preço compatível à atualidade de mercado, segundo a faixa etária do usuário.

Já a *portabilidade de carências*

(...) é a contratação de um plano privado de assistência à saúde individual ou familiar ou coletivo por adesão, com registro de produto na ANS, em operadoras, concomitantemente à rescisão do contrato referente a um plano privado de assistência à saúde, individual ou familiar ou coletivo por adesão, contratado após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei n. 9.656, de 1998, em tipo compatível, observado o prazo de permanência, na qual o beneficiário está dispensado do cumprimento de novos períodos de carência ou cobertura parcial temporária (art. 2º, VII, da RN n. 186/2009 da ANS).

O essencial, na portabilidade de carências, é encontrar o tipo compatível para transferência, conceituado este como o tipo que “preencher os requisitos de segmentação assistencial, tipo de contratação individual ou familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial e faixa de preço, nos termos desta Resolução” (art. 2º, VI, da RN n. 186/2009 da ANS).

Há ainda a *portabilidade especial de carências*, que poderá ser exercida em três situações: a) por beneficiário de operadora que tenha seu registro cancelado pela ANS ou que esteja em processo de liquidação extrajudicial, b) por dependente que perdeu seu vínculo com o plano, seja por falecimento



do titular seja por perda da condição de dependente, e c) por ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado durante o período de manutenção da condição de beneficiário garantida pelos arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998 (vide arts. 7º-A ao 7º-D da RN n. 186/2009 da ANS).

Tanto a migração quanto a portabilidade de carências não se confundem com a *adaptação*, que é a adequação do contrato antigo ao sistema trazido pela Lei n. 9.656/1998, facultada ao usuário; isto é, a avença continua a mesma, mas com ajustes ante às inovações surgidas.

Por outro lado, a especificação da *migração* ou da *portabilidade de carências* para a hipótese de *rescisão de contrato de plano de saúde coletivo empresarial* foi feita pela Resolução CONSU n. 19/1999, que dispôs sobre a absorção do universo de consumidores pelas operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde que operam ou administram planos coletivos que vierem a ser liquidados ou encerrados, cujo teor segue transcrito:

(...)

O Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, instituído pela Lei n. 9.656 de 03 de junho de 1998, no uso de suas atribuições legais e regimentais, de acordo com a competência normativa que lhe foi conferida, para dispor sobre a regulamentação do regime de contratação e prestação de serviços de saúde suplementar,

*Considerando* a importância da manutenção da assistência à saúde aos consumidores de planos coletivos,

*Resolve:*

*Art. 1º As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ao universo de beneficiários, no caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência.*

§ 1º – Considera-se, na contagem de prazos de carência para essas modalidades de planos, o período de permanência do beneficiário no plano coletivo cancelado.

§ 2º – Incluem-se no universo de usuários de que trata o caput todo o grupo familiar vinculado ao beneficiário titular.

*Art. 2º Os beneficiários dos planos ou seguros coletivos cancelados deverão fazer opção pelo produto individual ou familiar da operadora no prazo máximo de trinta dias após o cancelamento.*

*Parágrafo único* – O empregador deve informar ao empregado sobre o cancelamento do benefício, em tempo hábil ao cumprimento do prazo de opção de que trata o *caput*.

Art. 3º Aplicam-se as disposições desta Resolução somente às operadoras que mantenham também plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar.

Art. 4º Aplicam-se as disposições desta Resolução aos contratos firmados durante a vigência da Lei n. 9.656/1998 que estiverem ou forem adaptados à legislação.

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação, revogando as disposições em contrário. (grifou-se)

*Verifica-se, desse modo, que a RN n. 186/2009 e a RN n. 254/2011 da ANS não se aplicam aos planos coletivos empresariais, regidos pela Resolução CONSU n. 19/1999, mas incidem apenas nos planos coletivos por adesão ou nos individuais.*

*Ademais, da análise das normas, depreende-se que em momento algum foi assegurada a permanência dos mesmos valores de mensalidade praticados no plano coletivo empresarial rescindido no plano individual oferecido em substituição.*

*E nem poderia, dada a formação distinta de preços dos planos coletivos empresariais e dos planos individuais, a possibilitar que os valores dos primeiros sejam inferiores aos estipulados para os segundos.*

*As mensalidades cobradas devem guardar relação com os respectivos riscos gerados ao grupo segurado, sob pena de prejuízos a toda a sociedade por inviabilização do mercado de saúde suplementar, porquanto, a médio e longo prazo, as operadoras entrariam em estado de insolvência.*

Cabe assinalar que, mesmo nas hipóteses de adaptação e de migração de contratos antigos, ocorreram aumentos nas mensalidades, como se extrai dos seguintes dispositivos da RN n. 254/2011 da ANS:

Art. 8º Quando a adaptação de contratos incluir aumento de contraprestação pecuniária, a composição da base de cálculo do ajuste da adaptação deve ficar restrita aos itens correspondentes ao aumento de cobertura.

§ 1º O cálculo do ajuste da adaptação deve constar de Nota Técnica Atuarial de Adaptação, de responsabilidade da operadora, e o percentual resultante deve ser único por plano.

§ 2º O ajuste da adaptação a ser aplicado sobre a contraprestação pecuniária vigente à época da adaptação fica limitado a 20,59% (vinte vírgula cinquenta e nove por cento) (grifou-se).

*Art. 18 A proposta de migração deve obedecer às regras vigentes para o preço do plano, observados os limites estabelecidos na RDC n. 28, de 2000.*

*Parágrafo único. Na hipótese do § 2º do artigo 16, a operadora pode oferecer condições especiais em relação ao preço e às carências para aquisição de produtos não enquadrados em tipo compatível, desde que observado o disposto no caput, sendo vedada a cobrança de valores superiores aos praticados em condições normais de comercialização do mesmo produto (grifou-se).*

*Por seu turno, na portabilidade de carências deve-se sempre encontrar um tipo compatível para transferência, com equivalência de preços, entre outros requisitos, o que não se dá entre os planos do regime coletivo empresarial e os do regime individual ou familiar.*

*Logo, não há falar em manutenção do mesmo valor das mensalidades aos beneficiários que migram do plano coletivo empresarial para o plano individual, haja vista as peculiaridades de cada regime e tipo contratual (atuária e massa de beneficiários), que geram preços diferenciados. O que deve ser evitado é a onerosidade excessiva. Por isso é que o valor de mercado é empregado como referência, de forma a prevenir eventual abusividade.*

### *3. Do caso concreto*

Na espécie, a recorrente, Unimed Norte Fluminense Cooperativa de Trabalho Médico, e a Prefeitura Municipal de Itaperuna/RJ haviam firmado contrato empresarial de assistência médica, cujos beneficiários eram os servidores públicos municipais do mencionado órgão governamental. Após negociações infrutíferas de ambas as partes de se buscar um índice adequado de reajuste a ser aplicado às mensalidades, e diante do desequilíbrio econômico-financeiro provocado pela alta sinistralidade da carteira, a operadora de plano de saúde rescindiu unilateralmente o contrato.

Desse modo, em obediência à Resolução CONSU n. 19/1999, foi facultada a migração para plano individual, sem carências, com as mesmas coberturas do contrato empresarial extinto, mas com valores superiores, compatíveis aos de mercado.

A propósito, o seguinte trecho do acórdão estadual:

(...)

De acordo com o documentado nos autos, verifica-se que a ré informou adequadamente e em tempo oportuno sobre a rescisão do plano coletivo,

concedendo o direito aos beneficiários de optarem pelo plano individual ou familiar, sendo incontroverso, ainda, que foram respeitados os prazos de carência nos planos oferecidos.

Portanto, a controvérsia cinge-se ao valor da mensalidade do plano de saúde individual ofertado aos autores em substituição ao plano de saúde coletivo rescindido.

Da análise da cláusula contratual supramencionada com a Resolução CONSU n. 19/2009 observa-se a omissão sobre a identidade ou não do valor da mensalidade entre o plano de origem e o de destino (fls. 343/344).

Quanto aos valores das mensalidades, precisaram ser recalculados, em virtude do novo regime de contratação, tendo sido utilizadas a atuária e a tabela próprias dos planos individuais, havendo, portanto, sintonia com os preços de mercado.

Verifica-se, assim, que não ocorreu, no caso dos autos, nenhuma ilegalidade ou abusividade.

Nesse sentido, em hipótese similar, a Terceira Turma desta Corte Superior manifestou-se pela impossibilidade de manutenção, nas mesmas condições, de contrato de plano de saúde coletivo empresarial extinto a um usuário considerado individualmente.

Confira-se:

Seguro saúde. Plano de saúde coletivo estipulado entre a seguradora e pessoa jurídica de direito público, empregadora da recorrida. Resilição do contrato. Possibilidade. Inviabilidade da manutenção do contrato, nas mesmas condições, com relação à beneficiária, considerada individualmente.

1. A Lei n. 9.656/1998 não impede a resilição dos chamados contratos coletivos de assistência médica, celebrados entre as operadoras de planos de saúde e as empresas. Na hipótese dos autos, essa afirmação é ainda mais significativa, porque o contrato coletivo do qual a recorrida era beneficiária foi firmado entre as recorrentes e o TRE/PE, pessoa jurídica de direito público interno, e, portanto, submetida às normas que regem o direito administrativo.

2. *Mesmo que em algumas situações o princípio da autonomia da vontade ceda lugar às disposições cogentes do CDC, não há como obrigar as operadoras de planos de saúde a manter válidas, para um único segurado, as condições e cláusulas previstas em contrato coletivo de assistência à saúde já extinto.*

3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (REsp n. 1.119.370/PE, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 17.12.2010 - grifou-se)

Pertinentes também são as seguintes ponderações feitas pelo Ministério Público Federal em seu parecer:

(...)

30. Pois bem. Conforme anteriormente mencionado, a legislação de regência prevê aos beneficiários de planos de saúde coletivos, em caso de rescisão contratual, a migração para planos individuais, com condições similares e aproveitamento das carências já cumpridas. No caso concreto, verificou-se a observância deste direito.

*31. No que tange ao valor a ser pago a título de prêmio pelos beneficiários, se de um lado não se pode admitir abuso por parte da operadora dos planos de saúde, por outro não se pode desconsiderar os custos envolvidos na prestação dos serviços, que são diferentes em planos individuais e planos coletivos.*

*32. Tal como asseverado pela recorrente, a lógica de formulação de valores de prêmios para planos coletivos é diversa daquela utilizada para os planos individuais.*

*33. O equilíbrio financeiro-econômico nos contratos se dá de formas distintas: nos planos coletivos, as operadoras têm a garantia de contratação de determinado número de apólices, além de poder livremente dispor com a empresa contratante sobre eventuais reajustes dos prêmios, o que possibilita o oferecimento de mensalidades menores aos beneficiários; já nos planos individuais ou familiares, há restrições quanto aos reajustes, uma vez que deve haver autorização prévia da ANS, o que mitiga as possibilidades da prestadora dos serviços de saúde complementar de reajustar os contratos de acordo com as características individuais dos beneficiários, como os riscos decorrentes da sinistralidade, tendo como consequência a fixação de valores individuais superiores aos observados nos planos coletivos.*

*34. Sob esta perspectiva, impor à seguradora a manutenção de diversos contratos individuais com as mensalidades de planos coletivos implica em desestabilizar o equilíbrio econômico contratual.*

35. Considerando que as prestadoras de serviços de saúde complementar objetivam o lucro, seguramente os custos adicionais – decorrentes da obrigação de migrar indistintamente os beneficiários de planos coletivos para individuais com as mesmas mensalidades – seriam repassados a todos os outros consumidores dos planos de saúde oferecidos pela empresa.

36. Desta forma, para manter as condições contratuais do plano coletivo a um número limitado de pessoas, haveria prejuízo a uma quantidade maior de consumidores, o que deve ser evitado.

(...)

*38. Destarte, a solução que parece melhor compatibilizar o direito dos consumidores à continuidade dos serviços de saúde suplementar e o direito da seguradora ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos celebrados é a que permite a garantia de migração para contratos individuais, com características*

*similares às do plano coletivo, sem a necessidade de cumprimento de novas carências, mas com o valor a ser pago a título de prêmio compatível com aquele observado para outros contratos individuais equivalentes (fls. 434/436 - grifou-se).*

*Por fim, cumpre esclarecer que, nos casos de denúncia unilateral do contrato de plano de saúde coletivo empresarial, é recomendável ao empregador promover a pactuação de nova avença com outra operadora, evitando, assim, prejuízos aos seus empregados, pois não precisarão se socorrer da migração a planos individuais, de custos mais elevados.*

#### *4. Do dispositivo*

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial. Consequentemente, inverte os ônus de sucumbência, observadas as regras da gratuidade de justiça.

É o voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.500.999-RJ (2014/0066708-3)**

---

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: P F M de F

Recorrente: N F

Recorrente: C F A

Recorrente: E F de S

Recorrente: C de O F

Recorrente: F F de S J

Recorrente: A de O F

Advogados: Sergio Bermudes e outro(s)

André Luiz Souza da Silveira

Advogada: Ana Paula Almeida Naya de Paula

Recorrido: E A S F

Advogados: Marcos Luiz Rangel de Azevedo

Jansens Calil Siqueira e outro(s)

Interes.: J F de S

### EMENTA

Recurso especial. Direito de Família. Processual Civil. Adoção póstuma. Socioafetividade. Art. 1.593 do Código Civil. Possibilidade. Art. 42, § 6º, do ECA. Interpretação extensiva. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Magistrado como destinatário das provas. Cerceamento de defesa. Inexistência.

1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”.

2. A comprovação da inequívoca vontade do *de cujus* em adotar, prevista no art. 42, § 6º, do ECA, deve observar, segundo a jurisprudência desta Corte, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

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

4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias.

5. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.

6. Recurso especial não provido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 12 de abril de 2016 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

---

DJe 19.4.2016

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por P. F. M. de F. e outros (e-STJ fls. 922-943), com fulcro na alínea “a” do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

Apelação Cível. Ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva com pedido cumulado com o de petição à herança.

Autor que conviveu com o falecido desde tenra idade até o momento de sua morte, sem deixar descendente. Prova documental robusta desta relação que, inclusive, é reconhecida pelos próprios réus apelantes. Fato incontroverso. Desnecessidade de prova oral que se destina, exclusivamente, a comprovar fatos. Julgamento antecipado corretamente proferido. Cerceamento de defesa não evidenciado.

Interesse processual manifesto do autor.

Ausência de registro formal de paternidade que se mostra irrelevante, quedando-se perante entendimento jurisprudencial pacificado com relação à paternidade socioafetiva.

Filiação que pode ser demonstrada por qualquer meio, sendo proibida inclusive distinção entre filhos de origens outras e os biológicos.

Impossibilidade jurídica do pedido que se afasta. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, deste Egrégio Tribunal de Justiça, inclusive esta Colenda Câmara Cível neste sentido.

Falecido que incluiu seu patronímico ao prenome do autor. Atos praticados no âmbito familiar, inclusive, socialmente que comprovam a existência de imenso afeto entre ambos, que se tratavam reciprocamente, como pai e filho.

Adoção do autor pela companheira do finado.

Paternidade socioafetiva configurada. Direito exclusivo do autor à universalidade da herança do finado. Parecer do Ministério Público, em ambos os graus, nesse sentido. Sentença correta que se mantém. Preliminares rejeitadas e desprovimento de todos os recursos (e-STJ fls. 836-837).



Noticiam os autos que E. A. S. F. propôs ação declaratória de reconhecimento de paternidade socioafetiva *post mortem* conjugada com petição de herança primeiramente apenas contra S. R. A. S., e logo após a emenda da inicial em desfavor de *outros réus* - supostamente herdeiros de M. F., - objetivando o reconhecimento da relação socioafetiva havida entre o autor e o falecido. A requerida S. R. A. S. concordou com o pedido formulado pelo autor.

Segundo a narrativa dos fatos feita pela inicial,

(...) cumpre esclarecer que a ré manteve união estável com o falecido Mery Fernandes (certidão de óbito doc. 2) durante 42 (quarenta e dois) anos. Desta união não resultou o nascimento de qualquer filho pelos laços da consanguinidade. (...) Cumpre esclarecer que o autor nasceu na data de 4.11.1983, situação ratificada pela anexa certidão de nascimento (doc. 4). De se observar que na referida certidão de nascimento, precisamente no campo destinado a observações, existem 2 (dois) elementos que envolvem *averbações*, a saber: *o primeiro, datado de 14.6/84, que é justamente a adoção feita pela ré com relação ao autor. A segunda averbação, datada de 15.8.1988, esta já se refere à inclusão no nome do autor da palavra FERNANDES, alusão clara ao sobrenome do Dr. MERY FERNANDES, razão pela qual o nome completo do autor passou a ser EDUARDO AUGUSTO SOARES FERNANDES.*

Saliente-se que entre a data de nascimento do autor, qual seja, 4.11.1983 e a data de sua adoção pela ré, qual seja, 7.6.1984, transcorreram-se exatamente 7 (sete) meses e 3 (três) dias. Enfim, o autor veio ser adotado pela ré com bem menos de 1 (um) ano de idade.

Pois bem, *uma vez adotado passou o autor a ter uma família, esta formada pela união estável que a ré mantinha com o de cujus MERY FERNANDES a quem o autor passou a chamar de pai e o finado a chamá-lo de filho.*(...) Irrefutavelmente se percebe que todos tratavam o autor como filho do falecido, até mesmo imaginando que a filiação originava-se da consanguinidade (...) (e-STJ fls. 2-9 - grifou-se).

Houve decisão em favor do requerente para determinar a reserva de quinhão hereditário nos autos do Processo de Inventário n. 0033731-91.2010.8.19.0014 dos bens deixados por M. F.

O juízo de primeiro grau, ao julgar antecipadamente a lide, manifestou-se acerca da desnecessidade da prova testemunhal por reputá-la despicienda, após compulsar os autos, tendo em vista existir “o que é necessário para a solução da lide, notadamente o relacionamento havido entre o autor e o falecido Mery Fernandes” (e-STJ fl. 524). Assim, tendo os autos retornado para deliberação acerca da data da audiência de instrução e julgamento em virtude da prerrogativa

de uma das testemunhas, o juízo, de forma fundamentada, verificou a inutilidade do ato.

Ao final julgou procedente o pedido, consoante a seguinte fundamentação, transcrita na parte que interessa:

(...) A filiação socioafetiva não é menor que aquela biológica ou surgida da adoção, porquanto todas elas devem trazer em seu âmago o respeito, o amor, o afeto, a presença e tantos outros valores que constituem a base da sociedade prescrita na Constituição da República.

Frise-se: reconhecida a filiação por quaisquer dessas origens, a partir de então desaparecem quaisquer diferenças, sendo mesmo uma ofensa constitucional a discriminação. (...) Nessa ordem de ideias, percebe-se que é na filiação socioafetiva que se encontra o verdadeiro sentido da paternidade, porque é justamente no relacionamento afetivo que temos a garantia da família bem formada, propiciadora do desenvolvimento humano. A família não é hoje apenas um fator biológico ou jurídico, mas principalmente um ato de amor. É o afeto que justifica sua existência.

No caso em tela, o quadro probatório está formado por diversas manifestações nesse sentido. São cartas, bilhetes, retratos do cotidiano íntimo, apresentações sociais, depoimentos, revelações públicas de verdadeira paternidade construída ao longo do tempo, numa edificação dia a dia da relação parental como fruto emocional.

Destaca-se na documentação acostada a série de fotografias que retratam desde a infância do autor até sua fase adulta, sempre ao lado do falecido Mery: o deitar na mesma cama, a ida ao barbeiro, a lição de bicicleta, as festas de aniversário, a companhia dos amigos, as festas religiosas e as cerimônias escolares.

Avultam-se, ainda, a adoção do nome da família Fernandes, como consta da certidão de nascimento do autor; as peças de fls. 403 a 408, nas quais Mery indica o autor como beneficiário na qualidade de filho; as notas nos jornais, principalmente nas colunas sociais que em Campos, são tidas como fontes fidedignas do que acontece na sociedade. E para botar uma pá de cal sobre o assunto, encontram-se os depoimentos constantes da mídia de fl. 428, notadamente o arquivo TS 01 1. VOB.

Existe nos autos farta comprovação dos sentimentos entre o autor e Mery, os quais não podem ser tachados, com a vênia dos requeridos, como de “mera convivência”. Dali não restam dúvidas de que o autor era tratado como filho por Mery e de que é conhecido na sociedade como tal (não se olvide das notas nos jornais e das considerações escolares). (...) Em suma: o autor tem o nome de família, o trato e a fama de filho. Sempre esteve no estado de filho. Já é mais que bastante.

Diante de tudo isso, a interpretação de que a falta da adoção seria um silêncio eloquente do falecido Mery, ou seja, uma proclamação de que ele não queria Eduardo como seu filho, não pode prosperar. A uma, porque, como já dito, a filiação socioafetiva não se confunde com a adoção, ainda que post mortem. A

duas, porque *esse silêncio não teria significado relevante diante de tão contundentes provas de afeto.*

Porque Mery não adotou Eduardo? Não há como ter certeza da resposta. Talvez porque, advogado que era, soubesse da desnecessidade disso para o estabelecimento do vínculo; talvez porque achasse que a adoção tinha menor significado que o grandioso amor que demonstrou por ele durante toda a vida; talvez...talvez...A verdade é que a adoção não importa aqui, posto que está comprovado nos autos o vínculo de filiação do autor por outra origem, a socioafetividade como modo autônomo e independente de estabelecimento da filiação, sendo que tal vínculo reconhecido como gerador de todos os direitos relacionados a esse parentesco.

Isso posto, julgo procedente o pedido e declaro que Eduardo Augusto Soares Fernandes é filho de Mery Fernandes, devendo constar a filiação e relação avoenga paterna do assento de seu nascimento (...) (e-STJ fls. 524-527 grifou-se).

Todos os réus interpuseram apelação (e-STJ fls. 541-547, 549-558 e 579-601) que não foram providas pelo Tribunal de origem. A Corte de origem assentou que a prova é destinada a formar o convencimento do Juízo e não da parte, sendo o juiz o seu destinatário, a quem incumbe sua apreciação. Esclareceu que a produção da prova testemunhal não seria imprescindível porque “a prova documental acostada pelo autor era robusta da paternidade socioafetiva, inclusive, relação reconhecida pelos próprios réus-apelantes” (e-STJ fl. 845), afastando a alegação de cerceamento de defesa apta a ensejar a nulidade da sentença.

Os embargos de declaração opostos por P. F. M. de F. e outros foram rejeitados (e-STJ fls. 886-893).

Os ora recorrentes, irmãos e sobrinhos do falecido, por sua vez (e-STJ fls. 922-943), apontam ofensa aos seguintes dispositivos com as respectivas teses:

(i) artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil - porque teria havido negativa de prestação jurisdicional ao deixar o Tribunal local de se manifestar acerca de aspectos relevantes da demanda suscitados em embargos de declaração;

(ii) artigos 1.628 do Código Civil e 42, § 5º, da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) - argumentando que teria sido reconhecida a paternidade socioafetiva *post mortem* apesar de o investigado nunca ter se manifestado formalmente em vida naquele sentido, o que torna o pedido juridicamente impossível. Aduzem, ainda, que o pedido de reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem* não encontra “guarida no ordenamento

pátrio, não sendo juridicamente possível, portanto, a formulação de pretensão dessa natureza” (e-STJ fl. 941), haja vista o silêncio eloquente da lei, e

(iii) artigos 130, 131, 330, 331, *caput*, § 2º, 332 e 333, II, do Código de Processo Civil - na medida em que houve julgamento antecipado da lide mesmo tendo sido deferido pedido de produção de prova testemunhal, o que importaria em cerceamento de defesa.

Com as contrarrazões (e-STJ fls. 951-1.025), e inadmitido o recurso especial na origem (e-STJ fls. 1.109-1.119), subiram os autos a esta Corte por força de decisão proferida no agravo (e-STJ fls. 1.254-1.255).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar por meio do seu representante, o Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): A irresignação não merece prosperar.

(i) *Da violação do artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973*

No tocante à violação do art. 535 do CPC, verifica-se que o Tribunal de origem motivou adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese. Não há falar, portanto, em existência de omissão apenas pelo fato de o julgado recorrido ter decidido em sentido contrário à pretensão da parte.

(ii) *da possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem (artigos 1.628 do Código Civil e 42, § 6º, da Lei n. 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente)*

Extrai-se dos autos que o autor da herança criou, ao lado de sua companheira, como se filho fosse, o autor da presente ação desde os 7 (sete) meses de vida.

A adoção póstuma é prevista no ordenamento pátrio no art. 42, § 6º, do ECA, nos seguintes termos:

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, *após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.* (grifou-se)

Esta Corte já emprestou exegese ao supracitado dispositivo, que versa acerca da adoção *post mortem*, para permitir como meio de comprovação da inequívoca vontade do *de cuius* em adotar as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: *o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público daquela condição.*

Portanto, em situações excepcionais, em que amplamente demonstrada a inequívoca vontade de adotar, diante da sólida relação de afetividade, é possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal para tanto (REsp n. 1.326.728/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.8.2013, DJe 27.2.2014). Tal entendimento consagra a ideia de que o parentesco civil não advém exclusivamente da origem consanguínea, podendo florescer da socioafetividade, o que não é vedado pela legislação pátria, e, portanto, plenamente possível no ordenamento.

No mesmo sentido, citem-se as seguintes ementas:

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Adoção póstuma. Validade. Adoção conjunta. Pressupostos. Família anaparental. Possibilidade.

(...) A redação do art. 42, § 5º, da Lei n. 8.069/1990 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei n. 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

***Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cuius em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.*** (...) Recurso não provido (REsp 1.217.415/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.6.2012, DJe 28.6.2012 - grifou-se).

*Adoção póstuma. Prova inequívoca.*

- *O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção.*

- *Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido pré-morto a adoção de menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida.*

- *Interpretação extensiva do art. 42, § 5º, do ECA.*

- Recurso conhecido e provido (REsp 457.635/PB, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 19.11.2002, DJ 17.3.2003 - grifou-se).

Aliás, a socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou *outra origem*”. Válido mencionar ainda o teor do Enunciado n. 256 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que prevê:

A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

A posse de estado de filho, segundo Luiz Edson Fachin, “liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade. Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco”. E salienta que “a notoriedade se mostra na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social; esse fato deve ser contínuo, e essa continuidade, que nem sempre exige atualidade, - deve apresentar uma certa duração que revele estabilidade” (Estabelecimento da filiação e paternidade presumida, Editora Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1992, págs. 157-158).

No caso concreto, o acórdão recorrido confirmou a sentença de primeiro grau, proferida em ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva *post mortem*, porque “o fato de não constar no registro de nascimento do autor a paternidade do finado, mas somente de sua mãe adotiva, não afasta a existência da paternidade socioafetiva, até porque, como já dito, esta dispensa formalidades legais, bastando a prova do fato” (e-STJ fl. 845).

*As provas da paternidade socioafetiva são robustas* nos autos, dentre as quais destacam-se o fato de o autor constar como dependente do finado na declaração de imposto de renda na qualidade de filho adotivo (e-STJ fl. 847), ter sido incluído como beneficiário de seguro e de previdência privada na qualidade de filho do autor da herança (e-STJ fl. 848), ter sido acompanhado nas atividades escolares na qualidade de filho do falecido, valendo ainda transcrever alguns trechos da sentença e do acórdão para ilustrar o contexto fático posto:

*Sentença:*

(...) No caso em tela, o quadro probatório está formado por diversas manifestações nesse sentido. São cartas, bilhetes, retratos do cotidiano íntimo, apresentações sociais, depoimentos, revelações públicas de verdadeira paternidade construída ao longo do tempo, numa edificação dia a dia da relação parental como fruto emocional.

Destaca-se na documentação acostada a série de fotografias que retratam desde a infância do autor até sua fase adulta, sempre ao lado do falecido Mery: o deitar na mesma cama, a ida ao barbeiro, a lição de bicicleta, as festas de aniversário, a companhia dos amigos, as festas religiosas e as cerimônias escolares (...) (e-STJ fl. 526).

*Acórdão:*

(...) em toda mídia jornalística local, as notícias sociais diversas dão conta de que o autor era tido como filho do finado: 'fls. 245 - Sandra e Mery preparam uma festa bonita para o filho Eduardo Augusto, um garotão de olhos verdes, que fez 2 anos no domingo (e-STJ fl. 846).

(...) Não menos esclarecedoras as manifestações do próprio Mery para Eduardo, inclusive em verso, tais como:

o filho mais querido do mundo, quando acordar receba do pai o abraço de um amor profundo;

filhão um milhão de b. para você. Paisão.

Nasceu hoje uma criança que meu coração eu guardo. É um emnino esperado. Meu querido filho Eduardo. Seu paisão.

Hoje, dia 4 de novembro de 1991 é dia do aniversário do filho mais querido do mundo. Eduardo Fernandes. Mery Fernandes.

Filhão, o maior abraço e beijos do Paisão, Mery (...) (e-STJ fl. 847).

(...) Mery assinava os boletins escolares (fls. 381-394), sendo certo que os réus reconhecem a ótima relação entre ambos, não tendo suas afirmações o condão de afastar a existência de vínculo afetivo existente (e-STJ fl. 847).

Destaque-se, por oportuno, nota de coluna social sobre “a festa de Eduardo Augusto” publicada em jornal de grande circulação do Rio de Janeiro:

Sandra e Mery Fernandes receberam os amigos na chácara da 24 de outubro, domingo a tarde, para uma festa em torno do filho Eduardo Augusto que fazia *um ano*. Ele estava alegre e uma graça num conjunto de linho branco, gravata e cinto azul forte. O motivo foi ‘palhaço’. As paredes enfeitadas com palhacinhos, bolo de palhaço, e a mesa coberta por doces finos. Uma palhacinha serviu de atração para a garotada dando show. O aniversariante distribuiu máscaras, chapéus e móveis com as crianças.

Pipoqueiro, salgadinhos, bebidas à vontade fizeram parte da tarde.

Por lá: Zenira Soares (avó materna vinda do Rio), Sílvio Soares, Cristiane Soares, Nely Fernandes Monteiro, Almir Fernandes, João Fernandes, Jaqueline Fernandes e Teozinho Ferreira de Araújo, Lilia e Antônio Margem, Sandra e Jô Ribeiro de Castro, Eliane e Constantino Paes, Josete Arêas, Eliane e Rubens Pessanha Filho, Marília e Paulo Terra, Maria Coeli e Israel Rifas, Cris-tina e Abelardo Terra, Regina Célia e Constantino Fernandes (ela madrinha do aniversariante), Rosa e João Margem, João de Sousa Neto Antônio Fernandese a noiva Rosângela (ele o padrinho de Carlos Eduardo), Joaquina Sales, Regina e Jorge Fernandes, Eliane e Ronaldo Azeredo Araújo, Ricardo Assade, com Yasmin, entre muitos outros (e-STJ fl. 90 - grifou-se).

Ademais, verifica-se ainda, como salientado pelo Tribunal de origem, que a inclusão do patronímico de Mery Fernandes ao nome de Eduardo exterioriza o vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto estabelecido entre ambos.

A Corte local esclarece que a paternidade inequívoca do finado Mery com o autor Eduardo torna-se relevante, haja vista que o autor da herança não possui nenhum outro descendente para concorrer com a viúva pela herança - porquanto único filho do *de cuius* (e-STJ fl. 848).

A consagração da paternidade real exercida por Mery em relação a Eduardo se afere pelo fato deste usar o nome do seu pai socioafetivo há muito tempo, já que tem no seu registro a marca da sua identidade pessoal, além de ter sido beneficiado por meio de afeto, assistência, convivência prolongada, com a transmissão de valores e por ter ficado conhecido perante a sociedade como detentor do “estado de posse de filho”, reputação que ficou amplamente comprovada nos autos (e-STJ fl. 849). A posse de estado de filho consiste justamente no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, como se percebe do feito em análise.

No que tange à socioafetividade e à posse de estado de filho, válido mencionar os seguintes precedentes:

Direito Civil. Recurso especial. Família. Ação negatória de paternidade c/c anulatória de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Relação socioafetiva. Improcedência do pedido: artigos analisados: arts. 1.604 e 1.609 do Código Civil.

(...) 6. Permitir a desconstituição de reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. *E a identidade*



*dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.*

7. Recurso especial desprovido (REsp 1.383.408/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.5.2014, DJe 30.5.2014 - grifou-se).

Reconhecimento de filiação. Ação declaratória de nulidade. *Inexistência de relação sanguínea entre as partes. Irrelevância diante do vínculo sócio-afetivo.*

*(...) - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.*

- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, *se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.* Recurso conhecido e provido (REsp 878.941/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 17.9.2007 - grifou-se).

Direito Civil e da Criança. Negatória de paternidade socioafetiva voluntariamente reconhecida proposta pelos filhos do primeiro casamento. Falecimento do pai antes da citação. Fato superveniente. Morte da criança.

1. *A filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança.* (...) 3. Recurso especial provido (REsp 450.566/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3.5.2011, DJe 11.5.2011 - grifou-se).

Direito de Família. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA negativo. Reconhecimento de paternidade socioafetiva. Improcedência do pedido.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

2. *No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.*

3. Recurso especial não provido (REsp 1.059.214/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.2.2012, DJe 12.3.2012 - grifou-se).

Como bem acentuado pelo juízo de primeira instância, “é na filiação socioafetiva que se encontra o verdadeiro sentido da paternidade, porque é justamente no relacionamento afetivo que temos a garantia da família bem formada, propiciadora do desenvolvimento humano. A família não é hoje apenas um fato biológico ou jurídico, mas principalmente um ato de amor. É o afeto que justifica sua existência” (e-STJ fl. 525).

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

Nesse sentido cite-se lição doutrinária:

(...) A necessidade de manter a estabilidade da família faz com que se atribua papel secundário à verdade biológica. A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. *Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (a função). É uma espécie de **adoção de fato**. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor... ao filho, expõe o for mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam...*

Em matéria de filiação, a verdade real é o fato de o filho gozar da posse de estado, que prova o vínculo parental. (...) *A filiação socioafetiva funda-se na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade. O princípio da boa-fé objetiva e a proibição de comportamento contraditório referendam o prestígio de que desfruta a filiação socioafetiva, que dispõe de um viés ético. (...)*

O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. (Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 10ª Edição, Revista dos Tribunais, págs. 406-407 - grifou-se)

Não procede afastar a conclusão da Corte de origem de que “ficou demonstrado à exaustão o tratamento e o reconhecimento do autor como filho de Mery”, porquanto inegável “a construção de uma relação socioafetiva do autor e do falecido ao longo do tempo, que se encontra caracterizada de maneira indelével, que dá ao apelado o direito subjetivo de pleitear o reconhecimento desse vínculo juridicamente” (e-STJ fl. 850), o que nem mesmo é refutado pelos apelantes, que se limitam a reconhecer o forte laço afetivo existente entre Eduardo e Mery, porém sustentam que não seria o “suficiente para transmitir ao autor os direitos hereditários” (e-STJ fl. 865).

(iii) *da contrariedade aos artigos 130, 131, 330, 331, caput, § 2º, 332 e 333, II, do Código de Processo Civil de 1973*

Por sua vez, não se justifica a alegação de que não se permitiu que os sobrinhos e irmãos do *de cuius* apresentassem todas as provas requeridas, em especial a testemunhal. A situação não caracteriza cerceamento de defesa como pleiteiam os recorrentes, motivo pelo qual não há falar em violação dos artigos 130, 131, 330, 331, *caput*, 332 e 333, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973. É que no curso da instrução processual, incumbe ao juiz decidir livremente pelo deferimento ou indeferimento das provas requeridas pelas partes, sempre motivadamente, no caso de indeferimento de provas; se for o caso de julgamento antecipado a lide, o pedido não poderá ser julgado improcedente com base na ausência de provas, sob pena de ficar configurado o cerceamento de defesa. Não foi, todavia, o que ocorreu no caso dos autos, que resta instruído com enorme conjunto de provas.

No sentido de que ao juiz incumbe analisar a necessidade de produção das provas, porquanto seu destinatário, à luz do princípio da persuasão racional, eis os seguintes precedentes:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Magistrado como destinatário das provas. Cerceamento de defesa. Configuração. Reexame de provas. Inadmissibilidade. Súmula n. 7/STJ.

1. *É possível o julgamento antecipado da lide quando o tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a existência de provas*

*suficientes para seu convencimento. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias. (...) 3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 229.927/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 17.3.2015, DJe 23.3.2015 - grifou-se).*

Agravo regimental. Ação de indenização por danos morais. Revisão. Reexame de provas. Súmula STJ/7. Indeferimento de produção de provas. Cerceamento de defesa descaracterizado. Precedentes. Decisão agravada mantida.

*(...) 2.- O destinatário final das provas produzidas é o juiz, a quem cabe avaliar quanto à sua suficiência e necessidade, em consonância com o disposto no parte final do artigo 130 do CPC. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca das provas produzidas, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado em âmbito de Especial, a teor do Enunciado 7 da Súmula/STJ.*

3.- Não constitui cerceamento de defesa a decisão que indeferiu a produção de provas, por entender que o feito foi corretamente instruído e seja suficiente para o convencimento do juiz. Precedentes. (...) 5.- Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp 527.731/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19.8.2014, DJe 4.9.2014 - grifou-se).

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Julgamento antecipado da lide. Alegação de ofensa ao art. 330, I, do CPC. Pleito de produção de prova pericial. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Súmula n. 7 do STJ. Honorários advocatícios. Redução. Impossibilidade. Decisão mantida.

*1. O magistrado é o destinatário da prova, competindo às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da suficiência das que foram produzidas, nos termos do art. 130 do CPC.*

*(...) 4. Agravo regimental a que nega provimento (AgRg no AREsp 527.139/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 10.11.2015, DJe 13.11.2015 - grifou-se).*

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Ação de cobrança. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Configuração. Reexame de matéria fática da lide. Súmula 7/STJ. Entendimento adotado nesta Corte. Verbete 83 da Súmula do STJ. Não provimento.

*(...) 2. Sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele, com base em seu livre convencimento, avaliar a necessidade desta, podendo determinar a sua produção até mesmo de ofício, conforme prevê o art. 130 do Código de Processo Civil. (...) 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 371.256/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 26.5.2015, DJe 2.6.2015 - grifou-se).*

A vontade clara e inequívoca do pai socioafetivo em ter como seu o filho deve ser convalidada pelas inúmeras manifestações de afeto que demonstraram a construção de relação sólida e duradoura de paternidade. É irrefutável a configuração da denominada posse de estado de filho, a qual independe de procedimento formal de adoção, nos termos da fundamentação posta.

De fato, não há necessidade de produção de mais provas para o deslinde da controvérsia, que encontra respaldo na legislação e jurisprudência pátrias.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial para manter incólume a sentença de primeira instância.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.502.819-SP (2014/0319654-9)**

---

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Banco Itau BBA S.A

Advogados: Geocarlos Augusto Cavalcante da Silva  
Fabiana A Probst Salgado

Recorrido: Banco Credibel S/A

Advogados: Luiz Rosati e outro(s)  
Carlos Augusto Sobral Rolemberg e outro(s)  
Alessandro Lima Amaral  
Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite e outro(s)  
Ronei Ribeiro dos Santos e outro(s)  
Antônio Carlos Marcato e outro(s)

---

**EMENTA**

Recurso especial interposto sob a égide do CPC de 1973. Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Violação legal. Falta de prequestionamento dos dispositivos invocados. Divergência jurisprudencial reconhecida. Juiz designado. Sentença

proferida após cessada a designação para atuar na Vara. Nulidade reconhecida. Conclusão dos autos ainda no prazo da designação. Irrelevância.

1. Afasta-se a alegação de negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem tiver adotado fundamentação adequada e suficiente para amparar sua conclusão e sobretudo quando os dispositivos invocados não guardarem relação com o objeto da controvérsia.

2. Não se conhece do recurso especial pela alínea “a” do permissivo constitucional quando ausente o prequestionamento dos dispositivos apontados como violados.

3. A jurisdição somente pode ser exercida por pessoa legalmente investida no poder de julgar como integrante de algum dos órgãos do Poder Judiciário, observados os limites legais definidos pelas regras de competência.

4. O estabelecimento prévio das regras de competência representa o substrato do princípio do juiz natural.

5. O juiz designado para atuar em determinada vara só pode legitimamente exercer seu poder jurisdicional no período da designação, desvinculando-se dos processos que ali tramitam ao se afastar daquela competência, admitindo-se a ressalva na hipótese prevista no art. 132 do CPC/1973.

6. Irrelevante se mostra a circunstância de que a conclusão dos autos para sentença ocorreu durante o período da designação porquanto a competência do magistrado deve ser aferida no momento da prática do ato processual.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, A Terceira por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros

Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Carlos Augusto Sobral Rolemberg, pela parte recorrida: Banco Credibel S/A

Brasília (DF), 9 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

---

DJe 19.8.2016

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto por *Banco Itaú BBA S/A* com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão da 37ª Câmara de Direito Privado do TJSP assim ementado:

Nulidade de sentença. Configuração. Sentença proferida por magistrado após cessada sua designação para auxílio-sentença na Vara. Pedido de prorrogação do período de sua designação para oficiar no processo não noticiado. Invalidez do ato sentencial. Inteligência do art. 102 do CPC. Recurso provido.

Foram opostos embargos de declaração, apontando: erro material no relatório no sentido de afirmar que o apelante teria alegado a nulidade da sentença, o que somente fez por meio de memoriais, um ano e meio depois da interposição do apelo; omissão quanto à ofensa ao art. 14 do CPC/1973 ante a alegação tardia de nulidade da sentença e ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal por se ferir o princípio da duração razoável do processo. Apontou ainda omissão quanto aos precedentes que afastaram a nulidade em situações similares e quanto à afronta aos arts. 154, 249, §§ 1º e 2º, e 250, parágrafo único, do CPC/1973 em virtude da decretação de nulidade sem a existência de prejuízo efetivo para a parte. Suscitou, por fim, contradição entre a fundamentação do acórdão e julgado invocado como paradigma.

Os aclaratórios foram rejeitados em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Embargos de declaração. Decreto de nulidade da sentença. Reconhecimento da incompetência absoluta, inclusive de ofício, de julgamento feito por juiz

incompetente. Dever do juiz. Ato que se impõe. Discordância com o resultado do julgamento. Via recursal imprópria. Recurso rejeitado.

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente sustenta violação dos seguintes artigos: (a) 14 do CPC/1973, pelo acolhimento de nulidade suscitada tardiamente e por meio de memoriais, em verdadeira emenda da apelação quando já pautado o recurso para julgamento, o que viola os princípios da boa-fé e da lealdade processual; (b) 132 do CPC/1973, pois não houve audiência de instrução do processo – que foi julgado antecipadamente – nem a prática de ato que vinculasse o juiz titular e impedisse a prolação de sentença pelo juiz designado em regime de cooperação, já tendo a jurisprudência do STJ reconhecido que o princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto, afastando-se as alegações de nulidade quando inexistente prejuízo; (c) 154, 249, §§ 1º e 2º, e 250, parágrafo único, do CPC/1973, pela decretação de nulidade sem a prova de prejuízo, salientando ainda que o fato de o magistrado designado ter devolvido os autos com sentença quando já vencida sua designação não acarreta nulidade absoluta, pois os prazos para os magistrados são impróprios. Suscita, alternativa e subsidiariamente, ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973. Ampara o recurso também em divergência jurisprudencial.

Foi interposto recurso extraordinário com alegação de ofensa ao art. 5º, XXXVII, LIII e LXXVIII, da Constituição Federal.

Apresentadas as respectivas contrarrazões aos recursos, sobreveio juízo positivo de admissibilidade do recurso especial e negativo em relação ao recurso extraordinário, o que desafiou a interposição de agravo em recurso extraordinário.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): De início, impõe-se ressaltar que o presente recurso especial foi interposto com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com as interpretações dadas pela jurisprudência desta Corte (Enunciado Administrativo n. 2/STJ).

Cinge-se a controvérsia ao reconhecimento da nulidade ou não de sentença proferida por juiz auxiliar que recebeu os autos no período em que designado para atuar na vara onde tramitava o feito e prolatou a sentença dois anos após



cessada sua designação.

Consta dos autos que o juiz *Pedro Corrêa Liao* foi designado para auxiliar e sentenciar na 2ª Vara Cível Central da capital, no período de 10 a 14 de agosto de 2009, tendo recebido o presente feito no mesmo dia 10 daquele mês, porém vindo a prolatar a sentença em 18.2.2011, quando já decorrido mais de um ano e meio após cessada sua designação.

O Tribunal *a quo* concluiu pela nulidade da sentença com amparo no art. 102 do CPC/1973, por não se tratar de hipótese de modificação de competência, que, no caso, seria absoluta e improrrogável, não podendo ser desprezada, ainda que para atender ao escopo de aproveitamento do ato processual. Houve voto vencido, entendendo tratar-se de nulidade relativa e invocando o escopo do Provimento n. 1.823/2010 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no sentido de viabilizar a razoável duração do processo, bem como a circunstância de que a conclusão ocorrera no período de designação, não tendo o magistrado designado prazo preclusivo para descarga dos autos.

Afasto, inicialmente, a preliminar de negativa de prestação jurisdicional, pois entendo que o Tribunal *a quo* enfrentou a questão jurídica objeto de controvérsia, adotando fundamentação clara e suficiente para amparar sua conclusão. Afirmou tratar-se de hipótese de nulidade absoluta, que não pode, portanto, ser convalidada, ainda que para fins de aproveitamento do ato processual.

Nesse contexto, despiciendo qualquer enfrentamento da alegada ofensa ao art. 14 do CPC/1973 por ter a matéria sido suscitada apenas em memoriais, quando a apelação já estava pautada para julgamento. Isso porque, entendendo o Tribunal tratar-se de nulidade absoluta, o conhecimento da matéria independe de provocação da parte, podendo o julgador dela conhecer até mesmo de ofício, não se sujeitando a prazo preclusivo. De qualquer forma, registro que o Tribunal de origem suspendeu o julgamento já pautado de modo a oferecer à parte adversa a oportunidade de manifestação sobre a nulidade suscitada em memoriais, cuja juntada aos autos foi determinada.

O mesmo se diga em relação ao art. 132 do CPC/1973. Pretendeu a parte recorrente que o Tribunal de origem se manifestasse a respeito do dispositivo legal, ao fundamento de que não houve a prática de ato que vinculasse o juiz titular, de modo que poderia o feito ser sentenciado por outro magistrado.

Todavia, a manifestação do Tribunal *a quo* a respeito do dispositivo invocado era despicienda na medida em que versa sobre a vinculação de juiz

que colheu a prova em audiência e, no caso, houve julgamento antecipado da lide. Constatou-se, pois, que a alegação da parte recorrente não tinha o condão de alterar a fundamentação e conclusão do acórdão, sendo firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o órgão julgador não precisa enfrentar todas as alegações deduzidas pela parte, desde que tenha encontrado fundamento suficiente para embasar sua conclusão e, sobretudo, quando a alegação não tenha o condão de levar a resultado diverso.

Por fim, também despicienda qualquer manifestação do Tribunal de origem sobre a alegada ofensa aos arts. 154, 249, §§ 1º e 2º, e 250, parágrafo único, do CPC/1973, invocados para sustentar a tese do aproveitamento do ato processual que não tenha acarretado prejuízo à parte. O primeiro deles trata do reconhecimento de validade de determinados atos processuais realizados sem observância de requisito formal, ao passo que o acórdão recorrido deliberou sobre ausência de competência, questão obviamente diversa. Quanto aos demais, tendo o Tribunal reconhecido tratar-se de nulidade absoluta, desnecessário o exame de eventual prejuízo, porquanto o ato não pode ser convalidado.

Correta, portanto, a rejeição dos embargos de declaração, inexistindo ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973.

Quanto ao mérito, nota-se que o recurso não tem passagem pela alínea “a” do permissivo constitucional, porquanto os dispositivos invocados pelo recorrente não foram prequestionados pelo acórdão recorrido, que sobre eles não necessitava mesmo de se manifestar, como acima demonstrado. Incide na espécie o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

Contudo, o recurso merece conhecimento pela alínea “c”, porquanto a divergência jurisprudencial foi devidamente demonstrada. No precedente desta Corte invocado como paradigma (AgRg no Ag n. 1.032.830/SP), a circunstância de o juiz prolator da sentença ter recebido os autos em conclusão no período de sua designação para atuar na vara onde tramitava o feito foi tida por relevante para o reconhecimento da inexistência de nulidade pelo fato de a sentença ter sido proferida quando o magistrado não mais atuava na vara. Leia-se a seguinte passagem do voto do relator originário, Ministro Aldir Passarinho Junior:

Acresça-se que, especificamente no ponto relativo à competência do juiz que proferiu a sentença, *ainda que a designação para a atividade perante aquela vara já houvesse cessado, a conclusão dos autos para a sentença foi anterior à cessação da designação* (fl. 88).

Ora, no precedente citado pela decisão agravada, o juízo prolator da sentença já não mais atuava perante a vara em que corria o processo. Naquela hipótese

paradigmática, o juiz estava em exercício nas 8ª e 21ª Varas Cíveis de Curitiba durante as férias forenses e não mais respondia pela 20ª Vara Cível. Assim, ainda que na referida situação o juiz tenha sido posteriormente designado para atuar na mencionada 20ª Vara Cível, o fato relevante para a causa é que prolatou sentença quando estava designado para outra vara e, conforme ressaltado no mencionado julgado, isso não incorreu em nulidade.

Desse mesmo acórdão paradigma extrai-se a seguinte passagem do voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, revelador da adoção de tese contrária àquela firmada no aresto recorrido:

2.2. A respeito da alegada incompetência (*rectius: jurisdição*) da juíza prolatora da sentença, colhe-se do aresto recorrido:

[...] a magistrada, que recebera os autos em conclusão ainda durante o período em que perdurara a sua designação, poderia, ao seu término, mantê-los em seu poder e neles proferir sentença. Nisso não há nulidade por suposta incompetência sua para o ato.

Na verdade, o fato aqui verificado ocorre com frequência. O Juiz Auxiliar da Capital poderá ser designado para qualquer das Varas do Foro da Capital. As peculiaridades da sua função vinculam-no ao processo, se recebeu os autos durante o período da sua designação na Vara (fl. 88)

Não se constata a falha apontada, pois, *conclusos os autos durante regular designação, o magistrado pode proferir sentença em data posterior, mantendo-se vinculado ao feito*, a exemplo do que ocorre em ocasiões de mutirão.

*Essa situação não configura ofensa ao princípio do juiz natural.*

Nessa linha de raciocínio:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Ação discriminatória. Designação de magistrado para atuar nos feitos em que não havia juiz certo (art. 132 do CPC). Violação do princípio do juiz natural. Não-ocorrência. Recurso desprovido.

[...]

3. Consoante informação prestada à fl. 244, não havia juiz certo para julgar a demanda em questão (art. 132 do CPC), de modo que a hipótese se enquadrava perfeitamente na previsão constante da referida norma estadual.

4. O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir caso referente à legitimidade da instituição de mutirão com vistas a agilizar a prestação jurisdicional, firmou entendimento, plenamente aplicável à presente hipótese, no sentido de que “a designação de juiz para prolatar sentença não ofende ao

princípio do juízo natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF), eis que não se traduz em exercício de jurisdição por órgão sem assento constitucional, instituído após o fato motivador de sua atuação, ou ao qual falece competência para decidir o feito (art. 87 do CPC)”. (REsp 389.516/PR, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 9.6.2003).

5. Como bem consignou o douto Juiz Auxiliar da Corregedoria no parecer exarado à fl. 245, adotado como razões de decidir pelo Exmo. Sr. Corregedor-Geral de Justiça, “a competência de foro e de Juízo (...) foram respeitadas, tendo ocorrido a simples designação de magistrados, que, em princípio, não traz o menor prejuízo às partes, as quais, aliás, não tem o condão de escolher qual o juiz (pessoa física) encarregado de julgar dado processo”.

6. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 20.102/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 14.8.2007, DJ 13.9.2007, p. 153)

[...]

Admitido, pois, o recurso especial pela divergência, passa-se ao exame da controvérsia suscitada: nulidade ou não da sentença proferida por juiz auxiliar que recebeu os autos no período em que designado para atuar na vara onde tramitava o feito e prolatou a sentença quando já cessada sua designação.

A jurisdição somente pode ser exercida por pessoa legalmente investida no poder de julgar como integrante de algum dos órgãos do Poder Judiciário, aos quais são atribuídas competências específicas, dentro de um critério de distribuição dos serviços que leva em consideração a matéria, as pessoas envolvidas, o valor, o território, etc. A competência se traduz pela determinação dos limites legais impostos ao exercício válido e regular do poder jurisdicional.

Definida a competência abstratamente, pode ser que, ainda assim, em determinados locais, exista mais de um juiz competente para a mesma causa, hipótese em que se remete à álea do sorteio a distribuição do processo, que, uma vez realizada, determinará a competência para o exame e julgamento da causa, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

O estabelecimento prévio das regras de competência representa o substrato do princípio do juiz natural, que possui assento constitucional, estando materializado especificamente no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal, *in verbis*:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Nesse contexto, a competência previamente determinada – ressalvadas, obviamente, as hipóteses legais de sua modificação – é indeclinável, somente autorizando a instrução e julgamento do processo pelo magistrado designado para atuar internamente no órgão competente, excluindo qualquer outro.

É certo que o art. 96, I, “a”, da Constituição Federal concede aos tribunais a prerrogativa de dispor sobre a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, de sorte que é plenamente admissível que o Tribunal decida por designar um juiz para atuar como auxiliar ou substituto em determinada vara.

Todavia, o juiz designado para atuar em determinada vara só pode ali legitimamente exercer seu poder jurisdicional no período da designação. Uma vez encerrado tal período, o juiz se desvincula dos processos que ali tramitam ao se afastar daquela competência, admitindo-se a ressalva na hipótese de sua vinculação por força do art. 132 do CPC/1973, não ocorrente no caso.

Foi nessa linha que dispôs o próprio Provimento n. 26/1983 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao afirmar, categoricamente, que, encerrado o prazo da designação, cessaria por completo o exercício do juiz auxiliar designado:

Artigo 1º - Ao fim do período de cada designação cessará por completo o exercício do juiz auxiliar substituto ou designado, na comarca ou vara, em qualquer processo, excetuados os feitos cíveis cuja instrução em audiência haja presidido e com prova terminada, competindo-lhe proferir decisão, ainda que haja concedido prazo para juntada de memoriais, prolongando-se para esse efeito o exercício da jurisdição.

Examinando a jurisprudência do STJ, encontrei dois precedentes que analisaram situação semelhante e que reconheceram a nulidade das sentenças por incompetência absoluta do juiz, tendo em vista que prolatadas quando encerrado o prazo de suas designações. Os julgados receberam as seguintes ementas:

Administrativo. Improbidade administrativa. Regime de mutirão. Prolação de sentença após prazo de designação. Incompetência absoluta reconhecida.

- Em tendo ocorrido a prolação da sentença após prazo de designação da magistrada, para atuar em regime de mutirão, deve-se reconhecer a nulidade, em razão da incompetência absoluta.

Recurso conhecido em parte, e nessa, provido. (REsp n. 1.297.842/PR, Segunda Turma, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe de 7.8.2012.)

*Habeas corpus*. Nulidade da sentença. Incompetência do juiz. Designação.

1. Em tendo ocorrido a prolação da sentença e a devolução dos autos ao cartório fora do prazo da designação do Magistrado, para auxiliar em comarca com processos atrasados, impõe-se reconhecer a nulidade, em face da incompetência do juiz.

2. Ordem concedida. (HC n. 10.502/PR, Sexta Turma, relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 5.6.2000.)

A circunstância invocada pela parte recorrente de que a conclusão dos autos ocorreu durante o período da designação não é suficiente para afastar a incompetência absoluta do magistrado para prolatar sentença após exaurido esse prazo. Isso porque a competência deve ser aferida no momento da prática do ato processual. Note-se, ademais, que tal circunstância nem sequer foi incluída na ressalva constante do provimento que respaldou a designação do juiz no caso concreto, o qual foi expresso em determinar o encerramento por completo de seu exercício em qualquer processo em trâmite na vara.

Por fim, tratando-se de incompetência absoluta, descabe perquirir a existência ou não de prejuízo, porquanto o vício não se convalida.

Ante o exposto, *conheço parcialmente do recurso especial e nego-lhe provimento*.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.566.006-RS (2015/0284951-4)**

---

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Washington Umberto Cinel

Advogados: Clóvis de Gouvêa Franco - SP041354

Fábio Luiz Gomes - RS010686

Miguel Silva Neto - RS017633

Clarissa Porto Alegre Schmidt - RS046206  
Eduardo Gomes Tedesco - RS048783  
Recorrido: Miguel Giorgio da Silva  
Recorrido: Fábio Giorgio da Silva  
Advogados: Antônio Guilherme Tanger Jardim - RS056652  
Diogo Fernandes Peres - RS068195  
Fabio de Campos Almeida - RS076779  
Vinícius Ancinello Gindri - RS086107  
Agravante: Fábio Giorgio da Silva  
Agravante: Miguel Giorgio da Silva  
Advogados: Diogo Fernandes Peres e outro(s) - RS068195  
Fabio de Campos Almeida e outro(s) - RS076779  
Vinícius Ancinello Gindri e outro(s) - RS086107  
Agravado: Washington Umberto Cinel  
Advogados: Fábio Luiz Gomes - RS010686  
Miguel Silva Neto - RS017633  
Clarissa Porto Alegre Schmidt - RS046206  
Interes.: Joal Giorgio da Silva  
Advogado: Mara L M da Silveira - RS063837  
Interes.: Renato Giorgio da Silva  
Interes.: Nely Terezinha Giorgio da Silva  
Advogados: José Bernardo Ramos Boeira - RS014950  
Vinicius Maciel Stedele - RS072686  
Cassiane Araújo Boeira - RS076145  
Interes.: JCF Alugueis de Imoveis Ltda.  
Advogado: Roseni Nogueira da Mota - RS058139A

---

### EMENTA

Recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/1973. Arrendamento de imóvel rural. Art. 92, § 4º, da Lei n. 9.504/1964 (Estatuto da Terra). Ação de preempção. Arrendatário não notificado da venda do imóvel. Caso especialíssimo. Pedido do depósito do preço do imóvel feito na inicial. Demora na prestação jurisdicional. Proteção

do arrendatário rural. Honorários advocatícios. Valor irrisório. Recurso prejudicado. Recurso especial a que se dá provimento. Agravo em recurso especial prejudicado.

1. Inaplicabilidade do NCPC ao caso ante os termos do Enunciado n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9.3.2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*

2. Quanto ao art. 92, § 3º, da Lei n. 4.504/1964, a falta de notificação do arrendatário rural não foi objeto de apreciação do acórdão recorrido, carecendo do necessário questionamento (Súmula n. 282 do STF).

3. O direito de preempção tem por objetivo a permanência do arrendatário no exercício de sua atividade rural, proporcionando a aquisição da terra por quem nela trabalha, tornando-a produtiva.

4. A demora na prestação jurisdicional não pode ensejar a perda do direito do arrendatário à preferência estabelecida em lei de alto teor protetivo como é o Estatuto da Terra, que tem por objetivo o cumprimento da função social da propriedade rural.

5. Recurso especial provido para restabelecer a decisão de primeiro grau, prejudicada a análise do agravo em recurso especial que pretendia a majoração dos honorários advocatícios.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em dar provimento ao recurso especial interposto por Washington Umberto Cinel e julgar prejudicado o agravo em recurso especial interposto por Fábio Giorgio e Outro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.



Dr(a). Clóvis de Gouvêa Franco, pela parte recorrente: Washington Umberto Cinel.

Dr(a). Roseni Nogueira da Mota, pela parte interes.: JCF Alugueis de Imoveis Ltda.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

---

DJe 29.9.2016

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: *Washington Umberto Cinel (arrendatário)*, na condição de arrendatário do bem litigioso, ajuizou ação de preempção objetivando assegurar seu direito de preferência sobre imóvel rural vendido a terceiro, *JCF Alugueis de Imóveis Ltda. (compradora)*, por Carta de Alienação de Bens por Iniciativa Particular do Credor da execução movida pela instituição financeira Banrisul S.A. contra *Miguel Giorgio da Silva*, arrendador e comodatário (*arrendador*). A ação também foi ajuizada contra *Fabio Giorgio da Silva, Renato Giorgio da Silva, Joal Giorgio da Silva, Nely Terezinha Giorgio da Silva e Rosa Nely Giorgio de Lima e Silva (comodantes)*.

A defesa alegou em preliminar a inépcia da inicial diante da falta do depósito do preço, que não foi acolhida pelo Juízo de primeiro grau sob o fundamento de que o pedido para efetuar o depósito do valor da compra e venda formulado na inicial deixou, por um lapso, de ser apreciado pelo Juízo. Na oportunidade, determinou a intimação do *arrendatário* para efetuar o depósito judicial do valor devido no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

O Tribunal *a quo* reformou a decisão por entender que a prova do depósito do preço para a adjudicação do bem é condição de procedibilidade da ação, o que implica a inépcia da inicial. Veja-se a ementa:

Agravo de instrumento. Contratos agrários. Ação de preempção. Depósito judicial do preço do imóvel. Condição de procedibilidade. Inépcia da inicial. Extinção da ação.

1. Nos termos do disposto no art. 92, § 4º, do Estatuto da Terra (Lei n. 9.504/1964), "O arrendatário a quem não se notificar a venda poderá, depositando o preço, haver para si o imóvel arrendado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar da transcrição do ato de alienação no Registro de Imóveis."

2. Por outro lado, conforme já decidiu o STJ, “A prova do depósito do preço para adjudicação do bem, na petição inicial, é condição de procedibilidade da ação” (REsp 824.023/MS).

3. No caso, o autor/agravado ajuizou a ação de preempção sem efetuar o depósito judicial do preço do imóvel, o que implica a inépcia da inicial e a consequente extinção da ação sem resolução do mérito.

*Agravo de instrumento improvido.* (e-STJ, fl. 83)

O *arrendatário* interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, *a e c*, da CF, firme na tese de que foi violado o art. 92, §§ 3º e 4º da Lei n. 4.504/1964 (Estatuto da Terra) porque (1) ao ajuizar a ação de preempção, requereu expressamente a expedição de guia para o depósito do valor respectivo; (2) o depósito foi efetivado tempestivamente; (3) o Estatuto da Terra não prevê, necessariamente, a comprovação do depósito do preço do imóvel no momento da distribuição da demanda; e, (4) a *mens legis* do Estatuto da Terra é proteger o trabalhador rural. Sustentou, por fim, a existência de dissídio jurisprudencial.

Por sua vez, o *arrendador* e o *comodante Fabio Giorgio* interpuseram recurso especial com fundamento no art. 105, *a e c*, da CF, alegando violação do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, porque os honorários advocatícios foram fixados em montante irrisório, no valor de R\$ 9.456,00, o que corresponde a 0,42% do valor da causa (R\$ 2.278.885,23), além de sustentarem divergência jurisprudencial. Pleiteiaram sua majoração para patamar não inferior a 5% sobre o valor da causa, mais juros e correção monetária na forma da lei (e-STJ, fls. 97/113).

O recurso especial do *arrendatário* foi admitido na origem. Porém, o recurso do *arrendador* e do *comodante Fabio Giorgio* não foi admitido sob o fundamento de que a distribuição do ônus da sucumbência enseja a análise de provas, procedimento vedado pela Súmula n. 7 do STJ (e-STJ, fls. 319/327).

O *arrendador* e o *comodante Fabio Giorgio* interpuseram agravo em recurso especial sustentando que houve negativa de vigência à lei federal, além de ser possível a revisão pelo STJ do valor arbitrado pelo Tribunal de origem a título de honorários advocatícios (e-STJ, fls. 330/343).

A contraminuta ao agravo em recurso especial apresentada pelo *arrendatário* afirmou que não é possível rever o entendimento do órgão julgador estadual diante do óbice da Súmula n. 7 do STJ, uma vez que os honorários advocatícios foram fixados com base no grau de zelo profissional, no lugar de prestação do serviço e na natureza e importância da causa, considerando-se o trabalho exigido pelo advogado e o tempo despendido para o seu serviço (e-STJ, fls. 163/172).

As contrarrazões apresentadas pelo *arrendador* e pelo *comodante Fabio Giorgio* sustentaram que não houve o prequestionamento das normas legais tidas por violadas, além da pretensão esbarrar no óbice da Súmula n. 7 do STJ porque o recurso pretende rever fatos e provas (e-STJ, fls. 173/185).

A contraminuta ao agravo em recurso especial interposto pelo *arrendador* e pelo *comodante Fabio Giorgio* apresentada pela *compradora* afirmou que é o caso de se conhecer do agravo e dar provimento ao apelo nobre porque os honorários advocatícios foram arbitrados em quantia irrisória, em evidente atentado contra o exercício profissional do advogado (e-STJ, fls. 187/201).

A *compradora*, em suas contrarrazões ao recurso do *arrendatário*, alegou preliminarmente sua intempestividade. No mérito, afirmou que as conclusões da Corte de origem resultaram da análise das provas dos autos, inviabilizando a análise do recurso na instância especial (e-STJ, fls. 243/264).

Após a distribuição do recurso especial no STJ, *Renato Giorgio da Silva* e *Sandra Helena Fonseca da Silva* juntaram petição nos autos noticiando fato superveniente e prejudicial à ação de preferência, consistente em acordo celebrado entre os *comodantes* em ação anulatória ajuizada contra a *compradora*, em que ela se obrigou a pagar a quantia de R\$ 1.458.000,00 (um milhão e quatrocentos e cinquenta e oito mil reais), em complementação à alienação por iniciativa particular que originou a ação peremptória (e-STJ, fls. 411/424).

Diante da notícia do fato novo, as partes foram intimadas a se manifestar sobre os documentos (e-STJ, fls. 426/427).

*Joal Giorgio da Silva* afirmou não concordar com nenhuma transação envolvendo o conluio entre a *compradora* e o *arrendador* que se utilizaram do Judiciário para chancelar uma operação atípica, já que o valor noticiado no pedido de alienação por iniciativa das partes não corresponde ao da transação. Na oportunidade declarou que não está de acordo com a transação e espera o provimento do recurso do *arrendatário* (e-STJ, fls. 430/433).

O *arrendatário* se manifestou no sentido de que remanesce seu interesse no julgamento do apelo nobre, até mesmo porque um dos autores da ação anulatória, *Joal Giorgio da Silva*, não concordou com os termos da transação. Além disso, efetuou o depósito judicial do valor constante no acordo celebrado entre as partes da ação anulatória (R\$ 1.458.000,00) (e-STJ, fls. 434/441).

O *arrendador* e o *comodante Fabio Giorgio* afirmaram que o único interesse de *Renato* e *Sandra Helena* é tumultuar o processo, uma vez que os demais

coautores não participaram da transação. Além disso, o acordo nem sequer foi homologado em juízo (e-STJ, fls. 433/452).

A *compradora* informou que o acordo firmado na ação anulatória não interfere no julgamento do recurso especial, até mesmo porque tudo indica que a transação não se consumará em razão da desistência de alguns autores e não concordância dos réus (e-STJ, fls. 447/449).

O *arrendatário* peticionou novamente nos autos, se insurgindo contra a alegação da *compradora* de que o valor de venda do imóvel na verdade perfazia o montante de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais). Segundo ele, ocorreu um conluio entre o *arrendador*, a *compradora* e o *comodante Fabio Giorgio* para validar em juízo a alienação do imóvel rural por um valor inferior ao pactuado entre as partes, com a finalidade de prejudicar seu direito de preferência e burlar a lei fiscal (e-STJ, fls. 452/528).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): Vale pontuar que o presente recurso especial foi interposto com fundamento no CPC/1973, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com a interpretação dada pelo Enunciado n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9.3.2006:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

De início, afasta-se a preliminar de intempestividade do apelo nobre alegado nas contrarrazões apresentadas pela *compradora*.

O acórdão recorrido foi disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico aos 27.3.2015 (sexta-feira) e publicada aos 30.3.2015 (segunda-feira), iniciando-se a contagem do prazo aos 31.3.2015 (terça-feira). O termo final do prazo de 15 (quinze dias) para a interposição do recurso ocorreu aos 14.4.2015 (terça-feira). Portanto, como o recurso especial do arrendatário foi interposto aos 14.4.2015, tornou-se descabida a alegação da *compradora* de que o prazo se findou no dia 13.4.2015 (e-STJ, fl. 133).

Feitas essas considerações iniciais, se faz necessário um breve relato do contexto fático em que inserido o caso sob análise.

*Washington Umberto Cinel*, arrendatário do imóvel rural localizado em Uruguaiana/RS (Estância Santa Zélia), ajuizou ação de preempção fundada no art. 92, §§ 3º e 4º da Lei n. 4.504/1964 (Estatuto da Terra), porque foi preterido na alienação do imóvel objeto de arrendamento, adquirido por terceiro, *JCF Aluguéis de Imóveis Ltda.*, por Carta de Alienação de Bens por Iniciativa Particular do Credor tirada aos 4.10.2013 da execução movida pela instituição financeira Banrisul S.A. e averbada no Cartório de Registro de Imóveis de Uruguaiana aos 11.10.2013 (e-STJ, fls. 79 e 82 do apenso 1).

Na inicial, ajuizada aos 6.2.2014, dentro do prazo de decadência de 6 (seis meses) previsto no art. 92, § 4º, do Estatuto da Terra, o *arrendatário* requereu a expedição de guia para depósito judicial no valor da alienação, acrescida das despesas com o ITBI e emolumentos, além da correção monetária e juros legais, no valor total de R\$ 2.278.885,23 (dois milhões, duzentos e setenta e oito mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e vinte e três centavos) - e-STJ, fls. 1/22 do apenso 1.

Após a juntada das contestações, o *arrendatário*, em petição protocolada aos 8.9.2014, ratificou o pedido de expedição de guia para o depósito judicial do valor do imóvel (e-STJ, fl. 223 do apenso 2).

O juízo de primeiro grau deixou de acolher a preliminar de inépcia da inicial, formulada pela defesa, diante da falta do depósito prévio para o ajuizamento da ação sob o fundamento de que *o autor tinha o dever de efetuar o depósito da quantia, independentemente do consentimento do magistrado, entretanto, uma vez solicitada a manifestação do Juízo, é direito da parte aguardar o deferimento/indeferimento do seu pedido* (e-STJ, fl. 15). Na oportunidade, foi determinada a intimação do *arrendatário* para efetuar o depósito judicial no prazo de 48 horas, corrigido monetariamente desde a efetivação do negócio. Ainda constou que *havendo divergências de valores, nada impede que o depósito seja complementado* (e-STJ, fl. 16).

O depósito foi efetuado pelo *arrendatário* aos 17.9.2014, no valor de R\$ 2.418.687,77 (dois milhões, quatrocentos e dezoito mil, seiscentos e oitenta e sete reais e setenta e sete centavos).

O Tribunal de origem reformou a decisão de primeiro grau por entender que a prova do depósito do preço para a adjudicação do bem é condição de procedibilidade da ação, o que implica a inépcia da inicial.

Na instância especial, as partes notificaram a existência de acordo firmado na ação anulatória ajuizada para desconstituir a venda do imóvel rural à *compradora*, o que em nada interfere no julgamento do apelo nobre porque não foram todos os interessados que anuíram ao acordo que nem sequer foi homologado na instância ordinária.

Passa-se, portanto, à análise do recurso especial manejado pelo *arrendatário*, alegando violação ao art. 92, §§ 3º e 4º da Lei n. 4.504/1964 (Estatuto da Terra), que merece ser acolhido.

*(1) Recurso especial - Direito de Preferência - art. 92, §§ 3º e 4º, da Lei n. 4.504/1964 (Estatuto da Terra)*

Quanto ao art. 92, § 3º, da Lei n. 4.504/1964, a falta de notificação do arrendatário rural não foi objeto de apreciação do acórdão recorrido, carecendo do necessário questionamento (Súmula n. 282 do STF).

O direito de preempção tem por objetivo a permanência do arrendatário no exercício de sua atividade rural, proporcionando a aquisição da terra por quem nela trabalha, tornando-a produtiva. Atende-se, desse modo, ao princípio da função social da propriedade.

A norma sob análise está prevista no art. 92, § 4º, da Lei n. 4.504/1964 (Estatuto da Terra):

Art. 92. A posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa, nos termos desta Lei.

(...)

§ 4º O arrendatário a quem não se notificar a venda poderá, depositando o preço, haver para si o imóvel arrendado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar da transcrição do ato de alienação no Registro de Imóveis.

Consoante se extrai do texto legal, são exigidos dois requisitos para o arrendatário de imóvel rural não notificado da venda do imóvel exercer seu direito de preferência: o ajuizamento da ação no prazo de seis meses a contar do registro da alienação no cartório imobiliário e o depósito do preço.

Na hipótese dos autos, a averbação no registro de imóveis ocorreu aos 11.10.2013 e o *arrendatário* ajuizou a demanda dentro do prazo legal, aos

6.2.2014. No entanto, o depósito do preço ocorreu após o decurso de onze meses do registro imobiliário, aos 17.9.2014, em cumprimento à decisão judicial autorizando o depósito do valor de R\$ 2.278.885,23 (dois milhões, duzentos e setenta e oito mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e vinte e três centavos).

O precedente da Terceira Turma é no sentido de que a prova do depósito do preço para a adjudicação do bem, na petição inicial, é condição de procedibilidade da demanda:

Recurso especial. Arrendamento de imóvel rural. Art. 92, § 4º, do Estatuto da Terra. Ação de preempção. Requisitos. Depósito do preço. Condição de procedibilidade da ação.

1.- O artigo 92, § 4º, da Lei n. 4.504/1964 submete o exercício do direito de preferência do arrendatário de imóvel rural não notificado a dois requisitos, o depósito do preço e que a ação seja ajuizada no prazo de seis meses a contar do registro da alienação no cartório imobiliário.

2.- *A prova do depósito do preço para adjudicação do bem, na petição inicial, é condição de procedibilidade da ação.*

3.- Recurso Especial improvido.

(REsp 824.023/MS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, julgado em 18.5.2010, DJe 18.6.2010)

Apesar do precedente acima colacionado, o caso sob análise é especialíssimo.

O *arrendatário* ajuizou a ação de preempção no prazo legal e permaneceu no aguardo da decisão do juízo de origem para efetuar o depósito do valor devido.

O Juízo de origem, em que pese tenha ressalvado que é dever do arrendatário efetuar o depósito sem necessidade de manifestação judicial, reconheceu a demora do Judiciário ao analisar o pedido, deferindo-o em montante considerável, que atinge quase dois milhões e meio de reais.

A demora na prestação jurisdicional não pode ensejar a perda do direito do arrendatário à preferência estabelecida em lei de alto teor protetivo como é o Estatuto da Terra, que tem por objetivo o cumprimento da função social da propriedade rural.

O Juízo de primeiro grau reconheceu que *não se poderia atribuir ao autor as nefastas consequências da inépcia da inicial, quando o que houve nos autos foi uma falta de apreciação do seu pedido de depósito, haja vista que a inicial foi recebida como se tratasse de corriqueira ação ordinária* (e-STJ, fls. 15/16).

Esta Terceira Turma já decidiu que a parte não pode ficar à mercê da mora judicial, pois *não é providência que se coaduna com os postulados legais, nem mesmo com os princípios da justiça, estando entre eles o da razoabilidade como balizador* (RHC n. 61.492/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 24.5.2016, DJe 6.6.2016).

A preferência é um direito pessoal concedido a determinada classe de indivíduos para que tenham prioridade na aquisição de bens em virtude da relação jurídica já estabelecida com o bem alienado. No arrendamento rural, essa proteção está revestida de intensa carga social, pois visa a preservação do trabalhador no campo e a continuidade da produção agrícola.

A *mens legis* do Estatuto da Terra visa garantir a máxima proteção e preservação do trabalhador no campo, conforme ressaltado em acórdão da relatoria do Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, no REsp n. 1.148.153/MT:

Recurso especial. Ação de preferência. Arrendamento rural. Alienação judicial do imóvel. Interpretação do artigo 92, §§ 3º e 4º, do Estatuto da Terra em consonância com os seus princípios. Sobrelevo do caráter social da relação proprietário-terra-trabalhador. Proteção do arrendatário rural. Possibilidade de manifestação do direito de preferência inclusive quando a alienação é judicial. Desnecessidade do registro do contrato de arrendamento.

1. Consoante o pacificado entendimento desta Corte, não se faz necessário o registro do contrato de arrendamento na matrícula do imóvel arrendado para o exercício do direito de preferência. Precedentes.

2. *As normas trazidas à interpretação, buscando a preservação da situação do trabalhador do campo por intermédio do direito de preferência, estão insertas em estatuto de remarcada densidade social, superior, inclusive, àquele próprio da lei de locações de imóveis urbanos (Lei n. 8.245/1991).*

3. *Interpretação de seus enunciados normativos, seja gramatical, seja sistemático-teleológica, direcionada à máxima proteção e preservação do trabalhador do campo, não se podendo, por uma interpretação extensiva, restringir a eficácia do direito de preferência do arrendatário rural.*

4. Sem ter o legislador restringido as formas de alienação das quais exsurgiria o direito de preferência, inviável excluir do seu alcance a alienação coativa ou judicial.

5. Reconhecimento da incidência da regra do art. 92 da Lei n. 4.505/1964 a qualquer das espécies de alienação, desde que onerosa, tendo em vista inserir-se, dentre os seus requisitos, o adimplemento do preço pago pelos terceiros.

6. Razoabilidade da interpretação alcançada pelo acórdão recorrido.



*7. Recurso especial a que se nega provimento.*

(REsp 1.148.153/MT, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Terceira Turma, julgado em 20.3.2012, DJe 12.4.2012)

A proteção conferida pelo Estatuto da Terra ao trabalhador do campo também foi enfatizada em acórdão da Quarta Turma, de relatoria do Ministro *Luis Felipe Salomão*:

Civil e Processual Civil. Arrendamento rural. Venda e compra do imóvel por terceiros. Falta de notificação ao arrendatário. Direito de preferência. Lei n. 4.504/1964, art. 92, § 4º. Divergência entre o valor constante em contrato particular de compra e venda e na escritura pública registrada em cartório de imóveis. Presunção de veracidade desta. Preservação da legítima expectativa. Boa-fé objetiva.

*1. Apesar de sua natureza privada, o contrato de arrendamento rural sofre repercussões de direito público em razão de sua importância para o Estado, do protecionismo que se quer dar ao homem do campo e à função social da propriedade e ao meio ambiente, sendo o direito de preferência um dos instrumentos legais que visam conferir tal perspectiva, mantendo o arrendatário na exploração da terra, garantindo seu uso econômico.*

2. O Estatuto da Terra prevê que: “O arrendatário a quem não se notificar a venda poderá, depositando o preço, haver para si o imóvel arrendado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar da transcrição do ato de alienação no Registro de Imóveis” (art. 92, § 4º da Lei n. 4.504/1964).

3. A interpretação sistemática e teleológica do comando legal permite concluir que o melhor norte para definição do preço a ser depositado pelo arrendatário é aquele consignado na escritura pública de compra e venda registrada no cartório de registro de imóveis.

4. Não se pode olvidar que a escritura pública é ato realizado perante o notário e que revela a vontade das partes na realização de negócio jurídico, revestida de todas as solenidades prescritas em lei, isto é, demonstra de forma pública e solene a substância do ato, gozando seu conteúdo de presunção de veracidade, trazendo maior segurança jurídica e garantia para a regularidade da compra.

5. Outrossim, não podem os réus, ora recorridos, se valerem da própria torpeza para impedir a adjudicação compulsória, haja vista que simularam determinado valor no negócio jurídico publicamente escriturado, mediante declaração de preço que não refletia a realidade, com o fito de burlar a lei, pagando menos tributo, conforme salientado pelo acórdão recorrido.

6. Na hipótese, os valores constantes na escritura pública foram inseridos livremente pelas partes e registrados em cartório imobiliário, dando-se publicidade ao ato, operando efeitos erga omnes, devendo-se preservar a

legítima expectativa e confiança geradas, bem como o dever de lealdade, todos decorrentes da boa-fé objetiva.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.175.438/PR, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 25.3.2014, DJe 5.5.2014)

Em suma, diante das peculiaridades do caso e sopesando o alto grau de proteção conferido ao arrendatário rural, aliado à mora do Judiciário na entrega da prestação jurisdicional, é o caso de se dar provimento ao recurso especial do arrendatário para restabelecer a decisão de primeiro grau que afastou a alegação de inépcia da inicial.

(2) *Agravo em recurso especial - honorários advocatícios irrisórios - art. 20, §§ 3º e 4º do CPC/1973*

O agravo em recurso especial interposto pelo *arrendador* e pelo *comodante Fabio Giorgio* pretendia a análise de violação do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC/1973, porque os honorários advocatícios foram fixados em montante irrisório na decisão que extinguiu o feito por inépcia da inicial.

Diante do provimento do recurso especial interposto pelo *arrendatário*, fica prejudicada a análise do agravo em recurso especial.

Nestas condições, pelo meu voto, ***dou provimento*** ao recurso especial do *arrendatário* para restabelecer a decisão de primeiro grau e ***julgo prejudicado*** o agravo em recurso especial interposto pelo *arrendador* e por *Fabio Giorgio*.

---

#### RECURSO ESPECIAL N. 1.582.981-RJ (2015/0223866-0)

---

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Google Brasil Internet Ltda

Advogados: Eduardo Luiz Brock

Eduardo Mendonça e outro(s)

Fábio Rivelli e outro(s)

Mariana Cunha e Melo e outro(s)

Recorrente: Marcio Alvim de Almeida (rec. adesivo)

Advogado: Marcio Alvim de Almeida (em causa própria) e outros

Recorrido: Os mesmos

---

### EMENTA

Civil e Consumidor. Recurso especial. 1. *Internet*. Provedor de pesquisa. Exibição de resultados. Potencial ofensivo. Ausência. Dano moral. Afastado. 2. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Correspondência entre os resultados e a pesquisa. Ausência. Expectativa razoável. Falha do serviço. Configuração. 3. Obrigação de fazer personalíssima. Decisão judicial. Inércia renitente. Multa cominatória. Fixação de patamar estático. Insuficiência reconhecida. 4. Recursos especiais parcialmente providos.

1. Recurso especial em que se debate a responsabilidade civil decorrente da discrepância entre o resultado de busca e a alteração do conteúdo danoso inserido em sítio eletrônico, bem como a obrigatoriedade de atualização dos resultados de busca conforme o novo conteúdo disponível no momento da consulta.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, os provedores de pesquisa fornecem ferramentas para localização, dentro do universo virtual, de acesso público e irrestrito, de conteúdos relacionados aos termos informados para pesquisa.

3. Não contém aptidão para causar dano moral a exibição dos resultados na forma de índice, em que se relacionam *links* para páginas em que há conteúdos relacionados aos termos de busca, independente do potencial danoso do conteúdo em si ou dos termos da busca inseridos pelos internautas.

4. Os provedores de pesquisa podem ser excepcionalmente obrigados a eliminar de seu banco de dados resultados incorretos ou inadequados, especialmente quando inexistente relação de pertinência entre o conteúdo do resultado e o critério pesquisado.

5. A ausência de congruência entre o resultado atual e os termos pesquisados, ainda que decorrentes da posterior alteração do conteúdo

original publicado pela página, configuram falha na prestação do serviço de busca, que deve ser corrigida nos termos do art. 20 do CDC, por frustrarem as legítimas expectativas dos consumidores.

6. A multa cominatória tem por finalidade essencial o desincentivo à recalcitrância contumaz no cumprimento de decisões judiciais, de modo que seu valor deve ser dotado de força coercitiva real.

7. A limitação da multa cominatória em patamar estático pode resultar em elemento determinante no cálculo de custo-benefício, no sentido de configurar o desinteresse no cumprimento das decisões, engessando a atividade jurisdicional e tolhendo a eficácia das decisões.

8. A multa diária mostrou-se insuficiente, em face da concreta renitência quanto ao cumprimento voluntário da decisão judicial, impondo sua majoração excepcional por esta Corte Superior, com efeitos *ex nunc*, em observância ao princípio da não surpresa, dever lateral à boa-fé objetiva processual expressamente consagrado no novo CPC (art. 5º).

9. Recursos especiais parcialmente providos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 10 de maio de 2016 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

---

DJe 19.5.2016

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de recurso especial interposto por Google Brasil Internet Ltda. fundamentado nas alíneas *a* e

*c* do permissivo constitucional, bem como recurso adesivo interposto por Marcio Alvim de Almeida, com fundamento na alínea *a* do mesmo dispositivo constitucional.

Depreende-se dos autos que Marcio Alvim de Almeida propôs ação cominatória cumulada com reparação de danos morais. Asseverou em sua petição inicial que, conquanto tenha sido excluída matéria na qual comentário de terceiro foi indevidamente vinculado a seu nome e profissão, o Google continua exibindo, em seu resultado de busca, a referida matéria associada a seu nome.

Em sentença, o Juízo de primeiro grau condenou a empresa Google “para que proceda a revisão de seu índice de procura, de forma a excluir a associação do nome do autor ao *link* [www.tudosuper.com.br](http://www.tudosuper.com.br) e seus derivados, sob pena de multa diária no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) no caso de descumprimento [...]” (e-STJ, fl. 330).

Contra essa decisão, insurgiram-se ambas as partes, por meio de apelação, obtendo apenas o ora recorrente adesivo o parcial provimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 464):

Responsabilidade civil e Processual Civil. *Internet*. Comentário difamatório publicado em *website* como se fosse de autoria do autor. Notificação do provedor do *site* e conversão do *status* do comentário para anônimo. Nome do autor, entretanto, que permaneceu indicado nos resultados do *Google Search*. Notificação da empresa mantenedora do serviço virtual. Não resolução do problema. Sentença de procedência que condena a ré na obrigação de desvincular o nome do autor à URL contestada, sob pena de multa diária de R\$ 300,00, limitada a R\$ 9.000,00, e de pagar R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais. Apelo de ambas as partes. Preliminar de ausência de interesse de agir que se rejeita com base na teoria da asserção e em razão de seu entrosamento com o mérito. No cerne da controvérsia, a ré responde perante os usuários quando notificada a filtrar conteúdo publicado por terceiros e permanece inerte. Ônus que decorre do empreendimento. Art. 19 da Lei n. 12.965/2014. Falsa autoria de comentários antiéticos que abalaram a reputação profissional do autor, advogado, junto aos seus clientes. Ofensa à honra objetiva que rende reparação moral. Majoração da indenização para R\$ 40.000,00. Manutenção do valor das *astreintes*. Elevação, por outro lado, do seu limite global para R\$ 50.000,00, com vistas a dar maior poder de coerção à decisão judicial. Parcial provimento do apelo do autor e desprovimento do apelo do réu.

Embargos de declaração opostos por ambas as partes litigantes foram rejeitados (e-STJ, fls. 500-504).

Nas razões do especial, a empresa recorrente alega a existência de dissídio jurisprudencial, bem como a violação dos arts. 14, § 3º, I, do CDC; 248, 186, 827 e 944 do CC; e 461, § 6º, do CPC.

Sustenta, em síntese, que o entendimento albergado por esta Terceira Turma é no sentido de que não se pode obrigar os provedores de pesquisa a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão. Assevera que não há prestação de serviço defeituoso na medida em que os servidores de busca não se dedicam ao fornecimento de serviço de filtragem de conteúdo, de modo que o ilícito encontra-se tão somente na origem do conteúdo exibido como resultado de busca. Afirma a inexistência de responsabilidade civil diante da ausência de defeito, bem como da impossibilidade de se imputar a responsabilidade por dano causado exclusivamente por terceiro.

Conclui que a ordem de retirada do resultado de busca é juridicamente impossível, porquanto a recorrente Google não tem ingerência sobre o que consta nos sítios eletrônicos, limitando-se a exibir os resultados localizados. Em consequência, afirma que a fixação das *astreintes* para cumprimento de obrigação impossível resulta em manifesta abusividade e em enriquecimento sem causa do recorrente adesivo.

Subsidiariamente, pleiteia ainda, em atenção ao princípio da eventualidade, a redução da multa diária fixada, que teria se tornado exorbitante por ultrapassar o valor da indenização fixada, bem como a revisão do valor da própria indenização, sustentando “[a]o que se vê, não houve qualquer abalo moral relevante que justifique um valor indenizatório no importe de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais)!” (e-STJ, fl. 531).

Em seguida, o Sr. Marcio interpôs recurso adesivo, pretendendo a majoração das *astreintes* aplicadas, ao fundamento de que o limite imposto pelo Tribunal de origem já foi alcançado e por isso não há mais coercitividade na medida adotada, em especial, diante da manifesta recalcitrância da empresa recorrente em cumprir a decisão judicial.

Em juízo prévio de admissibilidade, o Tribunal de origem inadmitiu o recurso da empresa recorrente, dando azo à interposição de agravo (AREsp n. 776.732-RJ) provido para determinar sua reatuação.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Cinge-se a controvérsia a verificar: *i*) a responsabilidade pela indenização a título de compensação por dano moral decorrente da exibição nos resultados de busca de associação indevida entre o sítio eletrônico - resultado de busca - e o nome do aqui recorrente adesivo - argumento de pesquisa; *ii*) a adequação das *astreintes* arbitradas (ponto este devolvido por ambos os recorrentes); e *iii*) a exorbitância do *quantum* indenizatório fixado a título de compensação por danos morais.

### 1. Delineamento fático

Os fatos são incontroversos.

Inicialmente, o nome do autor foi indevidamente vinculado a comentário ofensivo publicado em sítio eletrônico. Após instado pelo autor, o responsável pela publicação excluiu o seu nome, passando a atribuir a autoria do comentário ao *status* de “*anonymous*”, não havendo a partir de então mais nenhuma vinculação entre o texto publicado e o nome do autor.

A despeito da pronta correção, o Sr. Marcio afirma que, ao pesquisar seu nome no buscador do Google, a página, na qual inicialmente se divulgou o referido comentário vexatório, permanece indicada entre os resultados, ainda que ao acessá-la não haja mais qualquer referência a seu nome.

Diante desses fatos, acolheu-se nas vias ordinárias a existência de responsabilidade da empresa recorrente, impondo-lhe a obrigação de excluir dos seus resultados a indicação da página [www.tudosuper.com.br](http://www.tudosuper.com.br) para pesquisas relacionadas ao nome do Sr. Marcio.

### 2. Dos limites da responsabilidade civil dos provedores de busca em razão de falha na prestação de serviço.

Antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 12.965/2014 - Marco Civil da Internet, esta Corte Superior tem sido chamada a enfrentar a questão da responsabilidade civil e seus limites, em razão de danos causados por meio da *web*. No enfrentamento da questão, diante do vácuo legislativo específico, se trouxe à baila questões jurídicas que envolviam, além da aplicação da legislação civil e consumerista, a essência dos serviços prestados, a fim de se aferir o grau de participação na causação do dano, como elemento para delimitação do liame subjetivo da responsabilidade.

Com efeito, tanto essa metodologia utilizada nos julgamentos do STJ quanto as próprias conclusões reiteradamente alcançadas, alinham-se ao consenso que vem sendo paulatinamente construído em âmbito global, no sentido de se limitar a responsabilidade civil dos provedores de aplicações pelos danos eventualmente causados, consenso do qual se tem extraído o princípio de que “onde há controle haverá responsabilidade, mas na falta desse controle o fornecedor não é responsável” (ZENOVICH, V.Z. *Apud* MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 350). Noutros termos, identificando-se uma atividade de mero transporte de informações, não tendo o provedor qualquer decisão quanto ao conteúdo da informação ou à seleção dos destinatários do referido conteúdo, afastada estará sua eventual responsabilização.

Os provedores de pesquisa, como é o caso do *Google Search*, são reconhecidos pela doutrina e jurisprudência como espécies de provedores de conteúdo, os quais, por sua vez, inserem-se no conjunto mais amplo dos provedores de aplicações, conjunto este atualmente reconhecido pela novel Lei do Marco Civil da Internet. Nesse cenário, por silogismo, esses provedores não se sujeitariam à responsabilização, porquanto se evidencia a ausência absoluta de controle quanto ao conteúdo danoso divulgado.

Nesse sentido é o entendimento albergado reiteradamente por esta Corte Superior, no qual se sublinha a limitação do serviço oferecido à mera exibição de índices e *links* para acesso ao conteúdo publicado e disponível na rede mundial. Por todos, confira-se (sem grifo no original):

Civil e Consumidor. *Internet*. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de pesquisa. Filtragem prévia das buscas. Desnecessidade. Restrição dos resultados. Não-cabimento. Conteúdo público. Direito à informação.

1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/1990.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar



links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

5. *Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados.* Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa.

6. *Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.*

7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. *Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/1988, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.*

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.

9. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.316.921/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 29.6.2012)

Da leitura do referido acórdão, denota-se que, para além do afastamento da responsabilidade civil pelos danos eventualmente sofridos, reconheceu-se ainda a impossibilidade de se obrigar a Google a excluir dos resultados de pesquisa determinados termos os quais conduziriam à exibição do conteúdo danoso. Essa conclusão foi extraída a partir da premissa de que, retirado o conteúdo nocivo da rede, automaticamente estaria excluído o resultado da busca. E isso foi

expressamente considerado nas razões de decidir, como se verifica do seguinte trecho do voto (sem grifo no original):

Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos *sites* de pesquisa.

Ora, se a página possui conteúdo ilícito, cabe ao ofendido adotar medidas tendentes à sua própria supressão, com o que *estarão, automaticamente, excluídas dos resultados de busca virtual dos sites de pesquisa.*

Na prática, contudo, essa premissa tem se mostrado irreal, e a presente demanda é prova cabal disso. Note-se que, conquanto o conteúdo nocivo tenha sido prontamente corrigido - independentemente de ação judicial e ordem judicial - na página em que divulgado originariamente, o índice do *Google Search* permanece exibindo o *link* como se na página indicada ainda houvesse o conteúdo retirado. Diante desse novo contexto fático, até o momento não enfrentado por esta Corte Superior, convém se revisitar a essência do serviço prestado, a fim de aferir a existência de eventual falha, bem como sua correspondente aptidão para configurar, ou não, um acidente de consumo, a impor sua responsabilização direta.

Como assentado em julgados anteriores do STJ, os sítios de busca consistem na disponibilização de ferramenta para que “o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na *web*, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos *links* das páginas onde a informação pode ser localizada” (REsp n. 1.316.921/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 29.6.2012). Para tanto, forma-se uma espécie de índice do conteúdo disponível na internet, qualquer que seja esse conteúdo, facilitando o acesso às informações disponíveis, livre de qualquer filtragem ou censura prévia.

Isso é possível porque, conforme explicação simplificada, divulgada no próprio site da Google e que descreve como funciona a pesquisa “por dentro” (<https://www.google.com/intl/pt-br/insidesearch/howsearchworks/>), esse serviço tem por essência o rastreamento e a indexação de trilhões de páginas disponíveis na *web*, possibilitando a localização e organização, segundo critérios internos de classificação e relevância das páginas já indexadas e organizadas em sua base de dados (sistema *PageRank*). Essa indexação, a princípio, é passível de futuras atualizações. Contudo, de modo geral, o sistema trabalha apenas

acrescentando à base de dados as páginas novas localizadas por seu sistema de varredura.

No intuito de agregar velocidade ao sistema de pesquisas e reduzir o tempo de resposta, alcançando resultados mais relevantes e úteis aos usuários, a base de dados trabalha numa crescente, sempre adicionando novos resultados e novos conteúdos. Desse modo, não se pode afirmar peremptoriamente que os resultados um dia existentes serão necessariamente excluídos. Isso porque, de fato, algumas páginas serão varridas novamente - segundo uma periodicidade que variará de acordo com um sistema exclusivo de *ranking* das páginas, que toma em consideração a quantidade de vezes que ela é mencionada na rede por outros usuários e o volume de consultas e acessos -, porém, outras páginas, por sua ínfima relevância no meio virtual, serão ignoradas em novas varreduras, mantendo-se íntegro o resultado atrelado na base de dados do *Google Search* aos argumentos de pesquisa inseridos pelos internautas.

Essa ausência de atualização constante não pode ser compreendida como uma falha do sistema de busca ou como uma atividade, por si só, geradora de dano, suscetível de imputar ao provedor de pesquisa a responsabilidade civil.

Com efeito, o resultado apontado em decorrência da ausência de atualização automática não é o conteúdo ofensivo em si, mas a mera indicação do *link* de uma página. Ao acessar a página por meio do *link*, todavia, o conteúdo exibido é exatamente aquele existente na página já atualizada e, portanto, livre do conteúdo ofensivo e do potencial danoso.

Por essa linha de raciocínio, deve-se concluir, primeiramente, que não há dano moral imputável à Google, que apenas estampa um resultado já programado em seu banco de dados para determinados critérios de pesquisa, resultado este restrito ao *link* de uma página que, uma vez acessado, não dará acesso ao conteúdo ofensivo em si porque já retirado.

Outrossim, impõe-se concluir que, ao espelhar um resultado, que um dia esteve disponível mas não se encontra publicado na rede mundial na data da busca, a ferramenta de pesquisa apresenta-se falha em seu funcionamento, não correspondendo adequadamente ao fim a que se destina. Frisa-se que a falha não está relacionada estritamente à esfera individual do recorrente especial, mas, de forma objetiva, à exibição de resultado que já não corresponde, não guarda nenhuma pertinência, ao argumento objeto de busca.

Nesse diapasão, não se pode olvidar a cediça incidência do CDC aos serviços prestados por meio da internet, inclusive quanto ao específico sistema

de pesquisa *Google Search*. Desse modo, ainda que se trate de fornecimento de serviços sem contraprestação financeira direta do consumidor, o fornecedor do serviço virtual não se exime da entrega da prestação em conformidade com a legítima expectativa consumerista, atraindo por analogia a incidência do art. 20 do CDC.

Nos termos do referido art. 20 e seu § 2º, estabelece o CDC o dever de os fornecedores em mercado de consumo entregarem serviços que se mostrem adequados aos fins que razoavelmente deles se esperam, cominando, no caso de descumprimento, a obrigação de: *i)* reexecutar o serviço; *ii)* restituir a quantia paga; ou *iii)* abater proporcionalmente o preço, conforme opção a ser exercida pelo consumidor.

Não se ignora que as regras do CDC, pensadas no início dos anos 1990, têm redação por vezes imperfeitas para a compreensão imediata de questões da dinâmica era digital, no entanto, sua interpretação teleológica fornece instrumentos suficientes para sua adequada aplicação. Desse modo, tratando-se de serviço gratuito não cabe mesmo as opções previstas nos incisos *II* e *III* do *caput* do art. 20 do CDC, mas mantêm-se hígidos tanto a obrigação de entregar serviço adequado à sua finalidade como o dever de reexecução para correção das falhas existentes.

Nessa trilha, a compreensão de que a Google deve corrigir sua base de dados e adequá-la aos resultados de busca atuais, fazendo cessar a vinculação do nome do autor à página por ele indicada, é medida que concretiza diretamente aquele seu dever, enquanto fornecedora do serviço de busca, de entregar respostas adequadas ao critério pesquisado. Claro que no ambiente intensamente dinâmico, falhas e incorreções podem porventura ser identificadas, entretanto, não há espaço para a inércia da empresa em corrigir uma clara falha de seu serviço, quando cientificada pelo consumidor, em especial, diante da fácil constatação de que o vínculo original não mais se sustenta e a mera reindexação é manifestamente suficiente para essa correção.

No cenário global, também é esse o entendimento que vem despontando como solução razoável em torno dos mecanismos de busca disponíveis na internet: os resultados de busca devem ser passíveis de correções e adequações, de forma a se preservar o direito individual daqueles atingidos pela disponibilização da informação. Nesse sentido, houve decisão do Tribunal de Justiça europeu, em maio de 2014, reconhecendo a obrigação da Google de apagar dos resultados de pesquisa - enquanto materialização do direito ao esquecimento - os dados de

um cidadão espanhol que, embora verdadeiros, foram considerados irrelevantes para o livre acesso público à informação (C-131/12), bem como a consequente responsabilização civil em caso de descumprimento da decisão judicial (sobre o tema: *Factsheet on the “right to be forgotten” ruling (C-131/12)*). Disponível em <[http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet\\_data\\_protection\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf)> Acesso em 2.5.2016).

Esse precedente impulsionou o debate internacional acerca da responsabilização dos bancos de dados virtuais, tanto na esfera legislativa como doutrinária (FRANTZIOU, Eleni. **Further developments in the right to be forgotten: the european court of justice’s judgment in case C-131/12**. Human Rights Law Review, n. 14, Oxford University Press, 2014, p. 761-777). No fórum europeu, o debate culminou na recente revisão de sua legislação acerca da proteção de dados no ambiente virtual, cuja Diretiva e Regulamento, ainda não publicados, foram aprovados no último dia 14 de abril, estabelecendo-se como princípio da proteção de dados a pronta correção ou exclusão de dados incorretos ou inadequados.

Com efeito, desde o referido precedente da Corte europeia, tem-se admitido em solo europeu a obrigação de pronta correção ou exclusão de dados pessoais, sempre que, sob o crivo da Justiça, se verificar a incorreção, irrelevância, desnecessidade ou excesso na informação existente em meio virtual, inclusive quanto aos dados mantidos no banco do *Google Search*, tal qual aqui preconizado.

Ressalte-se, ademais, que esse entendimento também não conflita com o atual Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) que, em seu art. 19, igualmente admite a responsabilização do provedor de aplicações na hipótese de descumprimento de decisão judicial, nos seguintes termos:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Diante dessas considerações, a despeito da inexistência de dano moral, nem mesmo potencial, uma vez que mera indexação promovida pela empresa recorrente não tem nenhum potencial ofensivo, a inércia quanto à correção da falha do serviço entregue à comunidade consumidora da internet não

tem respaldo legal, e merece repúdio e correção pelo Poder Judiciário. Em síntese, é legítima a imposição da obrigação de fazer consistente na quebra do vínculo virtual entre o nome do recorrente adesivo e a página, cuja URL [www.tudosuper.com.br/novo/macons-perseguem-cidadao-por-questionar-administracao-suspeita-de-corrupcao/](http://www.tudosuper.com.br/novo/macons-perseguem-cidadao-por-questionar-administracao-suspeita-de-corrupcao/) é indicada desde a petição inicial (e-STJ, fl. 4) e reconhecida pela própria Google em suas razões recursais (e-STJ, fl. 513).

### 3. Da adequação das astreintes fixadas.

Afastado o dano moral reconhecido pelas instâncias ordinárias no caso dos autos, porém reconhecida a existência de falha de serviço que demanda a correção pela empresa recorrente, impõe-se o enfrentamento da adequação do valor das *astreintes* fixadas em razão do renitente descumprimento da decisão judicial.

Ressalta-se que o ponto é objeto de impugnação por ambos os recursos especiais. Em síntese, a Google sustenta que o valor é exorbitante em decorrência do extrapolamento do valor da obrigação principal - dano moral. Por sua vez, o recorrente adesivo, afirma que, diante da limitação antecipada da multa ao valor total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sua efetividade se encontraria exaurida posto que alcançado o valor total.

No caso concreto, verifica-se que a obrigação de fazer cominada à recorrente Google sob pena de multa diária de R\$ 300,00 (trezentos reais) por dia foi reconhecida na sentença de primeiro grau. Interposta a apelação, o Tribunal de origem manteve o valor diário, limitado-o ao teto de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Não se pode ignorar que a multa diária deve manter-se em patamar de razoabilidade, não devendo acarretar, em regra, o enriquecimento sem causa de uma das partes. Contudo, também não se pode fixar as *astreintes* em valor desprovido de significância econômica, a partir das lentes do condenado, sob pena de se perder a efetividade das decisões judiciais concernentes ao reconhecimento de obrigações de fazer personalíssimas, como é a hipótese dos autos.

Aliás, a legitimação das *astreintes* no Direito Brasileiro tem por finalidade essencial o desincentivo à recalcitrância contumaz no cumprimento de decisões judiciais. Desempenha, assim, um relevante papel em prol da funcionalidade do Poder Judiciário ao impedir seu afogamento com a eternização da resistência, sobretudo por parte do litigante de grandes forças econômicas.

Nesse cenário, a limitação da multa cominatória em patamar estático implica a sua transformação em elemento determinante no cálculo de custo-benefício que certamente fazem litigantes com maior poderio econômico quando avaliam o cumprimento ou não de uma decisão judicial. Por certo, esse cálculo pode vir a sinalizar no sentido do descumprimento, de modo a engessar a atividade jurisdicional e tolher a eficácia das decisões.

Ao que consta dos autos, a despeito dos valores fixados, por dia e limite máximo, a recorrente Google não deu cumprimento, até o momento, à decisão judicial, o que, de fato, demonstra o reduzido potencial coercitivo das *astreintes* aplicadas. Desse modo, mostra-se impositiva a revisão do limite da multa cominatória, o qual deve ser prontamente afastado por esta Corte Superior, e do valor diário estipulado.

De fato, *a priori*, o valor justo da multa é aquele capaz de dobrar a parte renitente, sujeitando-a aos termos da lei, e no caso dos autos essa finalidade não foi alcançada. Assim, a multa diária deve perdurar enquanto necessária - até que seja efetivamente cumprida a obrigação, ressaltando-se o eventual e posterior controle judicial do excesso, sempre tendo em mente que a desproporcionalidade superveniente depende de uma alteração na base fática considerada na fixação inicial da multa diária, não sendo bastante o mero transcurso do prazo para fundamentar a alteração dos valores e menos ainda uma limitação prévia da multa.

Noutros termos, se a jurisprudência desta Corte Superior é reiterada no sentido de que: “A análise sobre o excesso ou não da multa, portanto, não deve ser feita na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo – agora que a prestação finalmente foi cumprida – procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe justamente um comportamento desarrazoado de uma das partes; ao contrário, a eventual revisão deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incidia e com o grau de resistência do devedor” (REsp n. 1.022.038/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigli, Terceira Turma, DJe 22.10.2009), tampouco se pode admitir um exame prévio de proporcionalidade que antecipa a renitência do devedor e o premia limitando sua sanção.

Outrossim, como a questão das *astreintes* foi devolvida, bem como a própria questão acerca da imposição da obrigação de fazer, a qual foi reconhecida por esta Corte Superior, tenho que incide o poder geral de revisão da multa diária, prevista nos arts. 461, §§ 5º e 6º, do CPC/1973 e 537, § 1º, I, do NCPC. Assim,

mostrando-se insuficiente a multa estática à efetivação da tutela jurisdicional, afasto o limite máximo previsto pelo Tribunal *a quo*, e fixo o valor diário a incidir a partir do julgamento do presente recurso especial em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Ressalvo, contudo, que o acórdão recorrido não deve ser cassado quanto ao ponto, prevalecendo os valores lá definidos até a sobrevinda do presente julgamento. Assim, a revisão dos valores deve ter efeitos *ex nunc* de forma a privilegiar a boa-fé objetiva, hoje expressamente consagrada nos termos do art. 5º do novo CPC e da qual decorrem o dever late ral de lealdade processual e o princípio da não surpresa processual, a serem observados por todos aqueles que participem do processo.

Diante desses fundamentos, conheço dos recursos especiais interpostos para: *i*) dar parcial provimento ao recurso especial interposto por Google Brasil Internet Ltda., tão somente a fim de afastar a condenação em compensação por dano moral; e *ii*) dar parcial provimento ao recurso especial adesivo interposto por Marcio Alvim de Almeida, a fim de excluir o limite para a multa cominatória e aumentar seu valor diário para R\$ 1.000,00 (um mil reais), enfatizando os efeitos *ex nunc* quanto à revisão das *astreintes*.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.591.851-SP (2012/0120896-5)**

---

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Paulo Donizeti Bellan

Advogado: Rafael Micheletti de Souza e outro(s)

Recorrido: Banco Bandeirantes S/A

Advogados: Simone da Silva Thallinger

Ana Alice Cardinali e outro(s)

Luciano Correa Gomes e outro(s)

Advogados: Livia Borges Ferro Fortes Alvarenga e outro(s)

Talita Moreira de Siqueira



## EMENTA

Recurso especial interposto sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. DL n. 911/1969. Liminar cumprida. Processo extinto sem julgamento de mérito. Perdas e danos. Liquidação nos próprios autos. Inaplicabilidade do parágrafo único do art. 811 do CPC/1973. Possibilidade de reclamar indenização em ação própria.

1. A responsabilidade de que trata o art. 811 do CPC/1973 decorre da natureza precária do provimento jurisdicional amparado na probabilidade do direito invocado e no risco da demora, aferidos em juízo de cognição sumária. Por essa razão, o legislador atribuiu ao requerente da medida cautelar a assunção do risco pela opção da técnica de aceleração da prestação jurisdicional com o requerimento e execução da medida provisória.

2. Diversamente, na ação de busca e apreensão amparada no Decreto-Lei n. 911/1969, o provimento jurisdicional pleiteado tem natureza executiva, fundado em título a que a lei atribui força comprobatória do direito do autor, razão pela qual é o próprio legislador que determina o cumprimento liminar, uma vez preenchidos os requisitos da lei de regência.

3. Não se extrai da dicção do § 7º do art. 3º do DL n. 911/1969 (redação dada pela Lei n. 10.931/2004) a imputação clara de responsabilidade ao credor fiduciário por perdas e danos decorrentes da execução da liminar no caso de extinção do feito sem julgamento de mérito, devendo a pretensão indenizatória ser objeto de ação própria.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, A Terceira por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 9 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

---

DJe 19.8.2016

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto por *Paulo Donizeti Bellan* com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado:

Alienação fiduciária. Perdas e danos. Inaplicabilidade do art. 811 do CPC. Incidência da lei especial. Possibilidade de reclamar indenização apenas em via distinta. Verbas de sucumbência. Sucessão da instituição financeira. Necessidade de substituição de parte. Recurso desprovido.

É inaplicável o art. 811 do CPC e que diz respeito ao processo cautelar, havendo, no caso, incidência do Decreto Lei n. 911/1969. Bem por isso, ausente demonstração de qualquer deliberação específica na sentença, cabe ao interessado socorrer-se de via distinta para reclamar eventual indenização.

É inegável que a sucessora responde pelas obrigações da sucedida, mas, em relação às verbas de sucumbência, é preciso que a parte promova a devida substituição de parte, comprovando a acenada sucessão. Sem tal providência, não há como permitir prosseguimento informal, mostrando-se necessária ciência ao banco dito como sucessor para que possa alegar o que de direito.

As razões recursais, o recorrente aponta vulnerado o parágrafo único do art. 811 do CPC ao não se admitir que ele, réu na ação de busca e apreensão, possa postular, nos próprios autos, indenização pelos prejuízos decorrentes do cumprimento da liminar inicialmente deferida e depois revogada em virtude da extinção do processo sem exame de mérito. Argumenta que as normas do Código de Processo Civil incidem supletivamente na ação de busca e apreensão fundada no DL n. 911/1969, cujo art. 3º, § 7º, prevê a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos ocasionados ao devedor fiduciante. Aduz que a obrigação de reparar o dano causado pela execução da liminar independe de provimento judicial, pois se trata de obrigação *ex lege*. Afirma que somente deixou de pagar uma parcela do financiamento do automóvel, o qual foi apreendido pelo banco e não devolvido, nada obstante devidamente intimado para tanto após a extinção do feito sem exame de mérito.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fl. 387, e-STJ).

Inadmitido o recurso na origem, foi interposto agravo em recurso especial (AREsp n. 189.354/SP), a que dei provimento para melhor exame da matéria.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): De início, impõe-se ressaltar que o presente recurso especial foi interposto sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com as interpretações dadas pela jurisprudência desta Corte (Enunciado Administrativo n. 2/STJ).

Sustenta o recorrente vulneração do parágrafo único do art. 811 do CPC/1973 por não ter sido autorizada a liquidação, nos próprios autos da ação de busca e apreensão fundada no Decreto-Lei n. 911/1969, da indenização devida pela execução da liminar, tendo em vista a posterior extinção do feito sem julgamento de mérito.

A presente ação de busca e apreensão foi originalmente ajuizada pelo *Banco Bandeirantes S/A* em 24.3.2000. A liminar foi deferida e cumprida com a apreensão do veículo, e o feito foi contestado. Seguiu-se sentença de procedência, que, todavia, foi cassada em apelação, por não ter sido apreciado o pedido de purga da mora.

Todavia, o processo permaneceu parado por ausência de iniciativa do autor, vindo a ser extinto, sem julgamento de mérito, em 13.6.2006. A sentença transitou em julgado.

Após restauração dos autos, foi determinada a devolução do automóvel em razão da revogação da liminar, o que foi desatendido, dando ensejo a pedido de liquidação, nos próprios autos, dos prejuízos sofridos pelo réu, ora recorrente, o que não foi admitido pelas instâncias de origem, que entenderam ser necessário o ajuizamento de ação própria.

O Tribunal *a quo* fundamentou-se na circunstância de se tratar de demanda fundada em lei especial, no caso, o Decreto-Lei n. 911/1969, ao passo que o art. 811 do CPC/1973 apenas diz respeito ao processo cautelar. Além disso, ponderou inexistir deliberação específica na sentença que extinguiu a ação de busca e apreensão, imputando responsabilidade ao autor da demanda.

A parte recorrente sustenta que o Código de Processo Civil aplica-se supletivamente ao procedimento instituído pelo Decreto-Lei n. 911/1969 naquilo em que não for incompatível com a lei especial, assertiva que, embora correta, não se presta a socorrer a pretensão recursal.

Note-se que a responsabilidade do requerente de medida cautelar, prevista no art. 811 do CPC/1973, decorre da natureza precária do provimento jurisdicional, amparado na probabilidade do direito invocado e no risco da demora, aferidos em juízo sumário de cognição, razão pela qual o legislador atribuiu ao requerente a assunção do risco pela opção da técnica de aceleração da prestação jurisdicional com o requerimento e execução da medida provisória.

Diversamente, na ação de busca e apreensão amparada no Decreto-Lei n. 911/1969, o provimento jurisdicional pleiteado tem natureza executiva, fundado em título a que a lei atribui força comprobatória do direito do credor, razão pela qual é o próprio legislador que determina o cumprimento liminar, uma vez preenchidos os requisitos previstos na lei de regência.

Outro aspecto a distinguir a natureza das medidas de que tratam os arts. 811 do CPC/1973 e 3º do Decreto-Lei n. 911/1969 é que a responsabilidade do requerente prevista no primeiro se faz presente, inclusive, nas hipóteses em que o provimento liminar perder sua eficácia em razão da extinção do feito sem julgamento de mérito (art. 811, III).

Por sua vez, na ação de busca e apreensão fundada no Decreto-Lei n. 911/1969, a responsabilização do credor fiduciário por perdas e danos devidas ao devedor fiduciante somente passou a ser prevista com o acréscimo do § 7º ao art. 3º do referido decreto-lei pela Lei n. 10.931/2004, que também deu nova redação ao § 6º do mesmo dispositivo, os quais possuem a seguinte redação:

§ 6º Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado.

§ 7º A multa mencionada no § 6º não exclui a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos.

Constata-se que, diferentemente do *caput* do art. 811 do CPC/1973, a redação do § 7º acima transcrita não imputa, de forma clara, a responsabilidade objetiva ao credor fiduciário por eventuais perdas e danos decorrentes do cumprimento da liminar no caso de extinção do feito sem julgamento de mérito,

razão pela qual a pretensão indenizatória deve ser objeto de ação própria, ficando afastada a incidência do parágrafo único do art. 811 do CPC/1973.

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.*

É o voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.602.076-SP (2016/0134010-1)**

---

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Odontologia Noroeste Ltda

Advogados: Fernando Rister de S Lima - SP199386

Maria Beatriz Crespo Ferreira - SP276438

Recorrido: GOU - Grupo Odontologico Unificado Franchising Ltda

Advogados: João Paulo Duenhas Marcos - SP257400

Antônio Fernando de Moura Filho - SP306584

---

#### **EMENTA**

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Contrato de franquia. Contrato de adesão. Arbitragem. Requisito de validade do art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996. Descumprimento. Reconhecimento *prima facie* de cláusula compromissória “patológica”. Atuação do Poder Judiciário. Possibilidade. Nulidade reconhecida. Recurso provido.

1. Recurso especial interposto em 7.4.2015 e redistribuído a este gabinete em 25.8.2016.

2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.

3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996.

4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente

ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

5. Recurso especial conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Presidente

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

---

DJe 30.9.2016

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Odontologia Noroeste Ltda.*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

*Ação*: objetiva a anulação do contrato de franquia firmado pelas partes ou, subsidiariamente, sua rescisão, com a condenação de devolução dos pagamentos feitos a título de Taxas de Franquia e de Royalties, bem como a pagamento de multa, em caso de rescisão contratual.

*Decisão interlocutória*: rejeitou preliminar de convenção de arbitragem suscitada na contestação, em decisão abaixo transcrita (e-STJ fl. 324):

Vistos. Afasto a preliminar de convenção de arbitragem. O contrato apresentado é de adesão, tanto que conta com o logotipo da franqueadora, e assim, a aderente não tem condições de discutir o seu conteúdo. Em sendo contrato de adesão, deveria ser observada a formalidade do artigo 4º, par. 2º, da Lei n. 9.307/1996, que prevê: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou

concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula". E não se encontra do contrato redação em negrito, visto específico ou convenção em anexo próprio. Assim, a cláusula é ineficaz. Fica afastada a preliminar. Entendo improvável a conciliação, diante das manifestações das partes. Declaro saneado o feito. Determino a realização de prova pericial (...).

A recorrente e a recorrida opuseram embargos de declaração (e-STJ fls. 326-328, fls. 329-334 e fls. 339-344), a fim de esclarecer os quesitos apresentados pelo juízo ao perito e os pontos controvertidos na demanda, bem como para suprir omissão no pedido de produção de prova. Os embargos foram acolhidos pelo 1º grau de jurisdição (e-STJ fls. 335-336 e fls.). Irresignada, a recorrida interpôs agravo de instrumento (e-STJ fl. 347).

*Acórdão no agravo de instrumento:* o acórdão (e-STJ fl. 412) recorrido entendeu, por maioria de votos, que não há incidência das regras do CDC nas relações entre empresários, como nos contratos de franquia, em que todos os litigantes são empresas de segmentos distintos, oferecendo bens e serviços à cadeia de produção econômica. Reconheceu, ainda, a validade de cláusula compromissória firmada entre as partes para extinguir o feito sem resolução do mérito, por incompetência absoluta da Justiça Comum, ficando assim ementado:

*Competência absoluta* Ação anulatória de circular de oferta de franquia e contrato de franquia cumulada com pedido de indenização Existência de cláusula compromissória Preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual deduzida na defesa Rejeição em despacho saneador Contrato de franquia celebrado entre empresários, afastando a incidência da legislação de consumo Validade da cláusula compromissória Extinção do processo, sem resolução do mérito declarada (CPC, art. 267, VII) Agravo provido.

Dispositivo: Por maioria de votos, deram provimento e extinguiram o processo, sem resolução do mérito, vencido o 2º desembargador, que negava provimento ao recurso e declara voto.

*Embargos de declaração:* opostos pelo recorrente, foram rejeitados pelo TJ/SP, por unanimidade (e-STJ fls. 436-441).

*Recurso especial:* alega ofensa aos arts. 4º, 8º e 20 da Lei n. 9.307/1996, arts. 2º, 51, VII e 54 do CDC, art. 3º da Lei n. 8.955/1994, art. 166, IV do CC, e arts. 114, 131, 165, 267, VI, 458, II, 525, 526 e 535, I e II do CPC/1973. Também alega a existência de dissídio jurisprudencial entre, de um lado, a decisão recorrida do TJ/SP e, de outro, do TJ/PR (Apelação Cível n. 900404-6,

7ª Câmara Cível, Rel. Des. Antenor Demeterco Junior, j. 26.6.2012) e TJ/SC (TJSC – Apelação Cível n. 2005.013059-7, 1ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Ricardo Fontes, j. 22.10.2007). O recurso especial foi admitido pelo TJ/SP (e-STJ fl. 522).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): inge-se a controvérsia a definir a validade de compromisso arbitral firmado no bojo do contrato de franquia celebrado entre os litigantes. Para essa finalidade, cumpre analisar: (i) se as normas do CDC são aplicáveis aos contratos de franquia, regidos pela Lei n. 8.955/1994, o que atrairia a aplicação do art. 51, VII, do CDC; (ii) se os contratos de franquia são sujeitos ao que dispõe o art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996; e (iii) possibilidade de o Poder Judiciário analisar a validade do compromisso em função da doutrina do *kompetenz-kompetenz*.

### *I – Do alegado descumprimento ao art. 526 do CPC*

Em matéria de preliminar, afasto a alegação da recorrente, a qual pugna pelo reconhecimento do não cumprimento ao disposto nos arts. 525 e 526 do CPC pela recorrida, considerando que a petição protocolizada perante o Juízo de 1º grau de jurisdição não foi acompanhada do comprovante de interposição do recurso e a ausência de peça obrigatória na formação do instrumento.

Conforme decidido pelo TJ/SP, não houve a demonstração de prejuízo à recorrente, o que está consonante com a jurisprudência do STJ sobre o assunto. Veja-se a decisão abaixo:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação do art. 525, I, do CPC. Falta de peça essencial ao agravo de instrumento. Ausência de prejuízo. Ampla defesa e contraditório plenamente exercidos. Apresentação de contrarrazões ao agravo de instrumento. Agravo regimental improvido.

1. As formalidades do artigo 525, inciso I, do CPC, têm a finalidade de propiciar ao tribunal *a quo* os meios necessários à cognição e viabilizar à parte contrária o exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. No caso dos autos, a ora agravante apresentou espontaneamente suas contrarrazões ao agravo de instrumento, daí que nenhum prejuízo adveio para sua defesa.



3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 757.075/SP, Terceira Turma, Relator Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, DJe 7.3.2016)

## ***II – Da não incidência do CDC aos contratos de franquia***

Quanto à alegada incidência das normas protetivas prevista no CDC aos contratos de franquia, regidos pela Lei n. 8.955/1994, não assiste razão à recorrente, considerando que esta Terceira Turma já possui jurisprudência consolidada em sentido contrário ao exposto no recurso especial. Podemos indicar, por exemplo, o decidido no REsp 930.815/MT (Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe 12.6.2007), assim ementado:

Direito Processual Civil. Competência. Foro de eleição. Contrato de franquia. Pedido de indenização. Competência territorial relativa. Decisão liminar de suspensão da cláusula de foro. Não configuração de hipótese de “urgência provisória”. Agravo de instrumento. Admissibilidade. Exceção de incompetência interposta por co-ré. Prevalência do foro de eleição. Recurso especial provido. Julgamento conjunto com REsp 1.087.7471/MT.

1.- A competência para a ação que visa à reparação de danos, fundada em responsabilidade contratual ou extracontratual deve ser proposta no local onde se produziu o dano não no domicílio do réu. Trata-se, no entanto, de competência territorial relativa que, portanto, pode ser derogada por contrato, de modo a prevalecer o foro de eleição.

2.- Não desfaz a validade do foro de eleição a circunstância do ajuizamento da ação, decorrente de contrato de franquia, como ação indenizatória, porque esta sempre tem como antecedente a lide contratual.

3.- Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de franquia, não se acolhe a alegação de abusividade da cláusula de eleição de foro ao só argumento de tratar-se de contrato de adesão.

4.- Nos termos do artigo 112 do Código de Processo Civil, a incompetência relativa deve ser arguida pela parte interessada em exceção de incompetência e não nos próprios autos, mas essa regra não exclui a admissibilidade de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em processo cautelar, antes da citação, liminarmente defere a suspensão da cláusula contratual de eleição de foro.

5.- Oferecimento de Exceção de Incompetência por có-reu, também sustentando a validade da cláusula de eleição de foro, não obsta o recurso de Agravo de Instrumento interposto por outro réu.

6.- Hipótese de “urgência provisória”, como a do “Juízo do Cartório” na sustação do protesto, não configurada e não julgada, no caso.

7.- Recurso Especial a que se dá provimento (julgamento conjunto com o REsp 1.087.471/MT).

Com base nessa premissa, é correta a afirmação segundo a qual, no contrato de franquia, não há uma relação de consumo tutelada pelo CDC, mas de fomento econômico, com o intuito de estimular as atividades empresariais do franqueado. Com entendimento semelhante, podemos citar, ainda, outras decisões da Terceira Turma, como os julgamentos do REsp 632.958/AL e do REsp 687.322/RJ abaixo ementados:

*Civil e Processual. Contrato de franquia. Ação de rescisão cumulada com pedido indenizatório. Foro de eleição. Competência. Validade da cláusula. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade à espécie. Hipossuficiência não reconhecida. Matéria de fato e reexame contratual. Súmulas n. 5 e 7/STJ. Fundamento inatacado. Súmula n. 283/STF. I. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n. 8.078/1990, eis que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais. II. Situação, ademais, em que não restou comprovada a hipossuficiência das autoras, que buscavam que a ação em que pretendem a rescisão do contrato e indenização tramitasse na comarca da sede de algumas delas, em detrimento do foro contratual, situado em outro Estado. III. Incidência à espécie das Súmulas n. 5 e 7 do STJ. IV. Inaplicabilidade dos arts. 94, parágrafo 4º, e 100, IV, letra “d”, do CPC, seja por se situar o caso inteiramente fora dos seus contextos, seja por aplicável a regra do art. 111 da mesma lei adjetiva civil. V. Ausência de impugnação concreta a um dos fundamentos do acórdão, a atrair a vedação da Súmula n. 283 do Pretório Excelso. VI. Recurso especial conhecido pela divergência, mas desprovido.*

(REsp 632.958/AL, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJe 29.3.2010).

*Contrato de fiança. Relação entre o franqueador e franqueado. Lei n. 8.955/1994. Código de Defesa do Consumidor. Fiança. Exoneração.*

1. A relação entre o franqueador e o franqueado não está subordinada ao Código de Defesa do Consumidor.

2. Afastando o acórdão a existência de moratória com base na realidade dos autos e em cláusula contratual, não há espaço para acolher a exoneração da fiança, a teor das Súmulas n. 5 e 7 da Corte, ademais da falta de questionamento dos dispositivos indicados no especial.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 687.322/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 9.10.2006).

Com fundamento nos precedentes mencionados acima, não há incidência das regras protetivas do CDC aos contratos de franquia e, portanto, não se admite a alegação de nulidade do compromisso arbitral com base no disposto no art. 51, VII, do CDC, que proíbe a utilização compulsória de arbitragem.

### **III – Do alcance do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem**

A controvérsia ganha contornos mais complexos, porém, a partir do momento que passamos a analisar o alcance do disposto no art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), cuja redação é a seguinte:

Art. 4º (...)

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Compulsando os autos, percebe-se que a controvérsia se iniciou com a aplicação do mencionado § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem pelo juízo singular, que acarretou a declaração da cláusula compromissória. Assim, neste ponto específico da controvérsia, é necessário avaliar: (a) se a franquia é um contrato de adesão a atrair os requisitos do mencionado dispositivo legal; e (b) se, por não se tratar de uma relação de consumo, o art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem ainda é aplicável aos contratos de *franchising*.

Quanto ao primeiro item a ser analisado, podemos encontrar precedentes de diferentes turmas deste Superior Tribunal de Justiça que tratam da natureza do contrato de franquia ou *franchising*. Assim, no AgRg no Ag 746.597/RJ, discutindo-se acerca da incidência de impostos sobre serviços de qualquer natureza – ISS aos contratos de franquia, a Primeira Turma afirmou que o *franchising*, em sua natureza jurídica, é “*contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, nos moldes e forma previstos em contrato de adesão (Adalberto Simão Filho, Franchising, São Paulo, 3ª ed., Atlas, 1998, págs. 36/42)*”.

Na doutrina jurídica, ao comentar o § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem, CARLOS ALBERTO CARMONA apresenta a definição de contratos de adesão, o qual atrairia a aplicação do mencionado dispositivo normativo. Veja-se abaixo:

Caracterizam-se os contratos de adesão pela desigualdade entre as partes contratantes: basicamente, uma das partes, o polícitante, impõe à outra – o oblato – as condições e cláusulas que previamente redigiu. Não existe, assim, discussão a respeito do teor do contrato e suas cláusulas, de modo que o oblato cinge-se a anuir à proposta do polícitante. Tais contratos supõem, antes de mais nada, a superioridade econômica de uma dos contratantes, que fixa unilateralmente as cláusulas contratuais; o contratante economicamente mais fraco manifesta seu consentimento aceitando, pura e simplesmente, as condições gerais impostas pelo outro contratante; a proposta é, de regra, aberta a quem se interessar pela contratação; e a oferta é predeterminada, uniforme e rígida. (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 106)

Assim, com fundamento na doutrina e nos julgamentos deste Superior Tribunal de Justiça, o contrato de franquia ou *franchising* é inegavelmente um contrato de adesão.

Quanto à diferenciação apresentada pela recorrida segundo a qual contratos “por adesão” são distintos de contratos “de adesão”, entendo que essa sutileza sintática é incapaz de representar alguma diferença semântica relevante, pois o Direito não trata de forma distinta essas duas supostas categorias. Nesse sentido, é relevante trazeremos à colação o preciso ensinamento de NELSON NERY JUNIOR:

A doutrina faz distinção entre os contratos de adesão e os contratos por adesão. Aqueles seriam forma de contratar na qual o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público (v.g., cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos por adesão aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita.

O Código de Defesa do Consumidor fundiu essas duas situações, estabelecendo um conceito único de contrato de adesão. Assim, tanto as estipulações unilaterais do Poder Público (“aprovadas pela autoridade competente”, art. 54, *caput*, CDC) como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes estão incluídas no conceito geral de contrato de adesão. (...)

*O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência das economias de escala.* (grifos nossos) (Ada Pellegrini Grinover *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 622-623)

Além de irrelevante para a resolução da controvérsia a distinção semântica entre contratos “de adesão” e aqueles “por adesão”, também não há embasamento jurídico para limitar o alcance o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996 aos contratos representativos de relações de consumo.

Por outro lado, é claro que entre o disposto no art. 51, VII, do CDC e no § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem há uma grande área de sobreposição, mas é inegável que ambos os dispositivos não se confundem e continuam a proteger bens jurídicos distintos.

Como visto na lição de NELSON NERY JUNIOR acima, o contrato de adesão é apenas uma técnica para a formação de contratos, quando exigências de economias de escala e de uniformização do produto ou serviço se impõem a determinado segmento econômico, mas não é tipo ou categoria autônoma de contrato. Não podemos, assim, limitar os contratos de adesão apenas às relações de consumo, pois, como visto acima, é pacífico na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça que os contratos de franquia não consubstanciam relações de consumo, mas utilizam essa técnica para a formação dos contratos.

Ao comentar especificamente o dispositivo em análise da Lei de Arbitragem, CARLOS ALBERTO CARMONA entende que sua função não é outra que não a de favorecer o contratante economicamente mais fraco, a fim de evitar a imposição da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, ao prever requisitos para a validade do compromisso arbitral em contratos de adesão. Assim, com o § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/1996, busca-se evitar que a cláusula de compromisso arbitral seja incluída de forma leviana entre todas as demais cláusulas do contrato:

Como advertia René David (*L'Arbitrage dans le Commerce International*, Paris, Ed. Economia, 1982, p. 276), aquele que firma um compromisso sabe exatamente os limites da obrigação que assume, enquanto a cláusula compromissória pode passar despercebida no contrato principal que a contém, pois o interesse dos contratantes está centrado na qualidade e quantidade das mercadorias, seus preços, prazo de entrega, responsabilidade etc., de tal sorte que a cláusula compromissória, por mais importante que possa vir a ser um dia, corre o risco de não chamar a atenção dos contratantes. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 107)

Essa questão foi lateralmente abordada no julgamento do REsp 1.169.841/RJ, de minha relatoria, em que se analisou a possibilidade de utilização de arbitragem como forma de resolução de conflitos em relações de consumo.

Naquela oportunidade, afirmamos que “*ao mesmo tempo em que estabeleceu como regra geral a obrigatoriedade de se respeitar a convenção arbitral, a Lei n. 9.307/1996 criou mecanismos para proteger o aderente que, ao firmar contrato de adesão, se vê impossibilitado de discutir as cláusulas contratuais, que lhe são impostas unilateralmente pelo proponente*”. Essa proteção foi consubstanciada pelo art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996 que dispõe sobre condição de eficácia à cláusula de arbitragem em contratos de adesão. Ao final, o REsp 1.168.841/RJ restou assim ementado:

Direito Processual Civil e Consumidor. Contrato de adesão. Convenção de Arbitragem. Limites e exceções. Arbitragem em contratos de financiamento imobiliário. Cabimento. Limites.

1. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996.

2. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral.

3. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei n. 9.514/1997 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

Por força dessa regra específica, todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996.

#### ***IV – Da competência do Poder Judiciário para apreciar a validade de compromisso arbitral – princípio Kompetenz-Kompetenz***

O acórdão recorrido afirma que, havendo convenção de arbitragem, deve ser reconhecida a incompetência absoluta do Poder Judiciário para resolver a

controvérsia, extinguindo-se o processo, sem resolução de mérito, conforme disposto no art. 267, VII, do CPC/1973. A Justiça Comum, prossegue o acórdão do TJ/SP, seria competente para examinar a questão apenas após a sentença arbitral.

No MC 14.295/SP (DJe 13.6.2008), decidi no mesmo sentido, afastando a competência do Poder Judiciário nas fases iniciais do procedimento de arbitragem, com a aplicação estrita do princípio *kompetenz-kompetenz*:

Como bem destacado pelo Tribunal local e, repise-se, não atacado pela requerente em seu recurso especial, questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei n. 9.307/1996.

A *kompetenz-kompetenz* (competência-competência) é um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade. Em outras palavras, no embate com as autoridades judiciais, deterá o árbitro preferência na análise da questão, sendo dele o benefício da dúvida.

Dessa forma, a resolução de questões litigiosas fica a cargo do árbitro e, para isso, não exige a lei que o ato jurídico seja válido ou imune a nulidades ou causas supervenientes de ineficácia, como se defende na espécie. Ao contrário, a questão litigiosa pode ser justamente a ineficácia do ato jurídico. Nessas circunstâncias, a jurisdição arbitral não se desloca, pois legalmente é o árbitro quem detém competência para dirimir essas matérias assim como para decidir sobre sua própria competência.

Essa prioridade não apenas se perfila com os princípios que circundam o instituto da arbitragem e com a sistemática introduzida pela Lei n. 9.703/1996, que se censuram atos de protelação ou afastamento do rito arbitral, como também assegura a proposta de tornar o procedimento, uma vez eleito pelas partes, uma alternativa segura e incontornável de resolução de conflitos, limitando a atuação do Poder Judiciário à execução da sentença arbitral.

Desde então, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça mostrou algum abrandamento com o mencionado princípio. Assim, veja-se o julgado no REsp 1.082.498/MT (Quarta Turma, Relator Min. Luís Felipe Salomão, DJe 4.12.2012), em cuja ementa verifica-se o seguinte:

2. Ademais, em face da recusa do tribunal arbitral pela parte convocada, é incontestado a competência do órgão do Poder Judiciário para fazer valer a vontade previamente manifestada na cláusula compromissória, inexistindo a possibilidade de recusa à prestação jurisdicional, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da

República, mormente por se tratar de questão anterior à instauração da instância alternativa, a qual, somente a partir desse momento, terá a exclusividade na apreciação da lide.

4. Por isso que, uma vez acionado para proceder à execução específica da cláusula compromissória, deve o Juízo prolatar sentença contendo os elementos necessários à instalação da arbitragem, consoante procedimento preconizado pelo art. 7º da Lei n. 9.370/1996, em vez de extinguir de ofício o processo sem resolução de mérito.

Essa modulação do princípio competência-competência foi notada pela doutrina jurídica, a qual comenta sobre a hipótese de análise de nulidades identificadas *prima facie* pelo Poder Judiciário:

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que se está em presença de situação similar (muito embora distinta) à análise *prima facie* da convenção de arbitragem (que pode se dar pelo Poder Judiciário ou pela instituição administradora do procedimento arbitral, conforme o caso). Esta também pode levar, em alguns casos, se não à inaplicabilidade, pelo menos à modulação do princípio competência-competência, quando reste absolutamente evidente e inequívoca, ainda que mediante mera análise *perfunctória* (“*prima facie*”), a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem no caso concreto. (Maíra de Melo Vieira. Execução específica de cláusula compromissória vazia e competência-competência: revisitando regras elementares à luz da decisão do STJ no REsp 1.082.498/MT. In Arnoldo Wald (Coord.). Revista de arbitragem e mediação. v. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005, p. 374)

Mais recentemente o tema voltou a ser objeto de discussão neste Superior Tribunal de Justiça, durante o julgamento do REsp 1.278.852/MG, e, apesar de, à primeira vista, parecer que a exceção ao *kompetenz-kompetenz* ocorre apenas nos compromissos arbitrais “em branco” (quando a cláusula se limita a afirmar que litígio entre as partes será resolvido por arbitragem), ficou aberta a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em outras hipóteses, quando houver a necessidade de apreciação de questões anteriores e necessárias à instauração do juízo arbitral. Fora esses casos excepcionais, de acordo com o decidido na REsp 1.278.852/MG, há uma alternância de competência entre os órgãos arbitrais e judiciais relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção.

Essa alternância de competências já era reconhecida pela doutrina jurídica, mais uma vez na lição de CARLOS ALBERTO CARMONA, a qual aponta hipóteses em que ocorrerão possíveis inconvenientes:



A atribuição de poderes ao árbitro para regular seus próprios poderes, porém, resolve apenas parte do problema, pois, em algumas hipóteses, caberá ao juiz togado lidar com a questão da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Isso ocorrerá como já se viu, nos casos d art. 7º da Lei, e também quando o réu, citado para os termos de uma demanda, arguir exceção de compromisso, sem esquecer que, quanto à cláusula arbitral, poderá o juiz, de ofício, reconhecendo sua validade, extinguir o processo, remetendo as partes à via arbitral para solucionar seu litígio. Percebe-se, portanto, que *o ordenamento brasileiro* – à semelhança do que ocorreu na Itália – *não estabelece uma competência exclusiva do árbitro para resolver todo e qualquer ataque à convenção de arbitragem, o que naturalmente poderá criar inconvenientes de difícil solução (...)*

*A forma mais sensata de resolver este tipo de impasse será suspender o processo arbitral até a decisão, pelo juiz togado, da questão preliminar que lhe terá sido submetida, até porque, ao final e ao cabo, tocará ao juiz togado enfrentar a questão da validade da convenção de arbitragem na demanda, que será certamente movida pela parte resistente com base no art. 21 da Lei. (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 176. Grifos nossos).*

Como podemos verificar, a solução apontada pela lição acima privilegia, inclusive, a atuação jurisdicional em detrimento da arbitral quando se discute a validade da convenção de arbitragem na demanda, em claro desprestígio ao princípio da competência-competência.

Retornando ao precedente estabelecido pelo REsp 1.278.852, é importante considerarmos que, naquele caso, a convenção arbitral foi inserida em transação implementada e homologada em Juízo, sendo essa orientação tomada em outras decisões, como nos REsp 1.283.388/MG e 1.327.085/MG, com o seguinte teor:

A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no mesmo rumo da tese defendida nas razões do especial, no sentido de que a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em acordo judicial homologado deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio juízo arbitral.

Essa ressalva é relevante, pois neste recurso especial não estamos a discutir uma cláusula arbitral instituída em acordo judicial devidamente homologado pelo Poder Judiciário, mas de uma cláusula compromissória estabelecida em contrato de adesão, celebrada sem requisitos legais estabelecidos pelo art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem.

Além disso, devemos mencionar que o princípio da *kompetenz-kompetenz* também foi revisto na Alemanha, que é apontada como a origem do princípio

da autonomia da cláusula compromissória e o da competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria competência. Essa revisão foi feita pelo *Bundesgerichtshof* – BGH, equivalente alemão a este Superior Tribunal de Justiça, na decisão do III ZR 265/03, de 13.1.2005, cuja decisão encontra-se abaixo, em tradução livre:

a) após a entrada em vigor da nova lei de regulamentação do processo arbitral, é vedado às partes de um compromisso arbitral estabelecer uma *Kompetenz-Kompetenz* que tenha como consequência a vinculação dos tribunais estatais ao julgamento do tribunal arbitral; b) em razão de uma cláusula *Kompetenz-Kompetenz*, antes de uma decisão sobre a validade da cláusula compromissória, o tribunal estatal não está obrigado a esperar a decisão do tribunal arbitral sobre a competência (§ 1.040 Abs. 1 Satz 1 ZPO [Código de Processo Civil Alemão]; c) um acordo arbitral com a participação de um consumidor pode ser pactuado através de um contrato padronizado, desde que as exigências de forma do § 1.031 Abs. 5 ZPO sejam atendidas. Não é exigível que, da parte do usuário, haja um especial interesse na instalação do tribunal arbitral.

Não se desconhece do julgamento no REsp 1.602.696-PI (rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 9.8.2016, DJe 16.8.2016), em se concedeu prioridade ao juízo arbitral para analisar a validade de cláusula compromissória, ementado da seguinte forma:

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Resilição de contrato de distribuição e revenda de bebidas. Recurso manejado sob a égide do CPC/1973. Alegação de ofensa aos art. 131, 165, 458 e, 535 do CPC/1973. Omissão ou contradição inexistentes. Acórdão devidamente fundamentado. Arbitragem. Inexistência de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9.3.2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC/1973 quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do SE n. 5.206 AgR, proclamou que a Lei da Arbitragem é constitucional e que parte ao firmar contrato com previsão de cláusula compromissória não ofende o art. 5º, XXXV, da CF/1988.

4. As questões relacionadas à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral deve ser resolvido, com primazia, por ele, e não pelo Poder Judiciário.

5. O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedentes.

6. Cuidando-se de cláusula compromissória cheia, na qual foi eleito o órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem passagem necessária pelo Judiciário.

7. Recurso especial provido.

A contradição entre o julgado mencionado acima e o presente é, no entanto, meramente aparente. Como regra geral, a jurisprudência desta Corte Superior indica a prioridade do juízo arbitral para se manifestar acerca de sua própria competência e, inclusive, sobre a validade ou nulidade da cláusula arbitral.

Toda regra, porém, comporta exceções para melhor se adequar a situações cujos contornos escapam às situações típicas abarcadas pelo núcleo duro da generalidade e que, pode-se dizer, estão em áreas cinzentas da aplicação do Direito.

Obviamente, o princípio *kompetenz-kompetenz* deve ser privilegiado, inclusive para o indispensável fortalecimento da arbitragem no País e sua aplicação no REsp 1.602.696-PI é irretocável. Por outro lado, é inegável a finalidade de integração e desenvolvimento do Direito a admissão na jurisprudência desta Corte de cláusulas compromissórias “patológicas” – como os compromissos arbitrais vazios no REsp 1.082.498/MT mencionado acima e aqueles que não atendam o requisito legal específico (art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996) que se está a julgar neste momento – cuja apreciação e declaração de nulidade podem ser feitas pelo Poder Judiciário mesmo antes do procedimento arbitral. São, assim, exceções que permitem uma melhor acomodação do princípio competência-competência a situações limítrofes à regra geral de prioridade do juízo arbitral.

Levando em consideração todo o exposto, o Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula instituidora da

arbitragem, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

Forte nessas razões, *dou provimento* ao recurso especial, para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a decisão interlocutória do Juízo de 1º grau de jurisdição (e-STJ fl. 324), que declarou a nulidade da cláusula arbitral contida no contrato celebrado entre recorrente e recorrida, por ausência dos requisitos legais previstos no art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.602.696-PI (2015/0238596-1)**

---

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Ambev S.A

Advogados: Élzio José Raulino Amaral e outro(s) - PI003443

Leonardo Montenegro Cocentino e outro(s) - PE032786

Antonio Claudio Portella Serra e Silva - PI003683B

Andre Tavares Accioly de Oliveira e outro(s) - RJ196477

Recorrido: Cosme e Vieira Ltda

Advogados: Ricardo Ilton Correia dos Santos e outro(s) - PI003047

José Francisco Paes Landim - DF000391

Marcelo Alves de Paula e outro(s) - PI008521

Hugo Napoleão do Rego Neto e outro(s) - DF018433

---

**EMENTA**

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Resilição de contrato de distribuição e revenda de bebidas. Recurso manejado sob a égide do CPC/1973. Alegação de ofensa aos art. 131, 165, 458 e, 535 do CPC/1973. Omissão ou contradição inexistentes. Acórdão devidamente fundamentado. Arbitragem. Inexistência de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ

na sessão de 9.3.2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC/1973 quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do SE n. 5.206 AgR, proclamou que a Lei da Arbitragem é constitucional e que a parte, ao firmar contrato com previsão de cláusula compromissória, não ofende o art. 5º, XXXV, da CF/1988.

4. As questões relacionadas à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral deve ser resolvido, com primazia, por ele, e não pelo Poder Judiciário.

5. O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedentes.

6. Cuidando-se de cláusula compromissória cheia, na qual foi eleito o órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem passagem necessária pelo Judiciário.

7. Recurso especial provido.

## ACÓRDÃO

Após o indeferimento do pedido de adiamento (Pet. 373.453/2016), vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (Presidente), Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dra. Maricí Giannico, pela parte recorrente: Ambev S.A

Brasília (DF), 9 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

---

DJe 23.9.2016

\* Republicado por ter saído com incorreção no DJe do dia 16.8.2016.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Cuida-se de agravo de instrumento (Processo n. 2014.0001-004482-8) com pedido de efeito ativo interposto por *Cosme e Vieira Ltda. (Cosme)*, por não se conformar com a negativa de prestação jurisdicional por parte do Juiz de Direito da Comarca de Bom Jesus - PI que, passados mais de trinta dias, não apreciou o pedido liminar que formulou nos autos da ação cautelar inominada (Processo n. 0000159-48.2014.8.18.0042) que ajuizou contra a *Ambev S.A. (Ambev)*, visando suspender os efeitos da resilição de contrato de distribuição e revenda de bebidas que celebraram.

*Cosme* narrou que em razão de o contrato ter cláusula de exclusividade, expandiu e investiu para atender o compromisso ajustado de modo que o rompimento do vínculo foi abrupto e descabido.

Defendeu o cabimento do agravo de instrumento contra ato omissivo do juiz e sustentou a presença dos requisitos autorizadores da medida liminar, bem como postulou a continuidade da vigência do contrato de distribuição e revenda de bebidas que tem com a *Ambev* desde 1992, até o julgamento da ação principal que será proposta.

O Desembargador Relator do recurso concedeu, em parte, a liminar requerida para atribuir efeito ativo ao agravo para manter o contrato, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (e-STJ, fls. 1.002/1.006).

A AMBEV interpôs agravo regimental no qual alegou (1) a incompetência absoluta do Poder Judiciário para exame da medida cautelar, do efeito ativo e do agravo interposto, pois existe cláusula compromissória no contrato e o processo arbitral já está em curso; (2) a nulidade da decisão porque não se manifestou

sobre as suas alegações nas contrarrazões do agravo; (3) que o recurso era incabível, pois o Juízo *a quo* não se manifestou quanto à ação cautelar, haja vista a inexistência de decisão interlocutória; (4) a ocorrência de supressão de instância; (5) a existência de litispendência; (6) a validade da rescisão do contrato de distribuição; e, (7) inexistência dos requisitos para a concessão do efeito ativo.

O Relator revogou os efeitos da multa fixada até ulterior deliberação (e-STJ, fls. 1.063/1.065)

O Tribunal de Justiça do Piauí negou provimento ao agravo regimental da *Ambev* e manteve a decisão que concedeu o efeito ativo, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Civil e Processual Civil. Agravo de instrumento. Atribuição de efeito suspensivo ativo. Agravo regimental. Rescisão unilateral de contrato. Violação da cláusula de exclusividade. Cláusula compromissória. Juízo arbitral. Descabimento do recurso de agravo. Preliminares de litispendência e incompetência do Poder Judiciário - Afastadas. Recurso conhecido e provido.

1. Nas razões de agravar a recorrente afirma que ajuizou ação cautelar com pedido de liminar requerendo a suspensão dos efeitos da rescisão unilateral do contrato de distribuição e revenda de bebidas, postulando a manutenção do instrumento contratual, nos termos em que foi pactuado. Destacou que em razão do pacto, com cláusula de exclusividade expandiu e investiu unicamente para atender ao compromisso firmado. Diz que ajuizou a ação cautelar em 12.4.2014 e que decorrido mais de 30 (trinta) dias, o juiz *a quo* não proferiu qualquer despacho.

2. Nas razões do regimental e da contraminuta a Recorrida levanta questões de ordem pública, entre elas a litispendência e a incompetência da Justiça Comum para processo e julgamento do feito, além da inadmissibilidade do agravo por inexistência de decisão de cunho decisório.

3. A decisão objeto do regimental, encartada às fls. 928/932, foi conclusiva pela atribuição do efeito suspensivo ativo ao recurso de Agravo de instrumento para restabelecer o pacto contratual firmado entre as empresas litigantes.

4. É cediço que a não apreciação imediata do pedido de antecipação de tutela há a possibilidade de vir o agravante, a sofrer prejuízos de difícil reparação, decorrente da incidência do tempo no processo, contrapondo-se aos princípios constitucionais insculpidos no art. 5º, incisos XXXV - não apreciação de lesão ou ameaça a direito; LV - garantia da ampla defesa, com os meios e recursos inerentes; e, LXXVIII - demora na prestação jurisdicional.

5. Abarcando esses postulados constitucionais, se a parte pretende uma concessão de tutela de urgência onde o objeto do pedido implica em risco

ao interessado, a negativa imediata da prestação jurisdicional consiste implicitamente num indeferimento da pretensão, fato este que autoriza o tribunal a conhecer do recurso.

6. Nas razões do Agravo regimental, Companhia de Bebidas da América - AMBEV invoca a prejudicial de incompetência absoluta do Poder Judiciário para dirimir o conflito, porquanto decorrente de relação contratual que estabelece cláusula de estabelecimento de Juízo arbitral, destacando que já existe litígio pendente de julgamento perante o juízo arbitral relacionada à mesma causa de pedir.

7. Em verdade, o procedimento arbitral se constitui em opção para a solução de controvérsias relativas a bens disponíveis. Mesmo assim, o estabelecimento da arbitragem não afasta o jurisdicionado a tutela do Estado, sendo uma escolha com base na autonomia da vontade das partes.

8. Desse modo, não havendo mais interesse no julgamento pela via da arbitragem e renunciando as partes à cláusula compromissória, poderão a qualquer momento recorrer a solução do litígio pela via estatal, mormente porque a Constituição Federal instituiu o monopólio estatal da jurisdição, fixado no art. 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

9. É de destacar que não existe na lei de arbitragem nenhum dispositivo que imponha a utilização desse procedimento, assim como inexistente norma que proíba as partes de irem ao Judiciário para resolver seus conflitos.

10. Mesmo existindo litígio entre os contratantes submetido ao juízo arbitral, embora envolvendo o mesmo pedido e causa de pedir, esse fato não configura litispendência por não existir ação em trâmite perante a jurisdição estatal.

11. A empresa *Cosme e Vieira Ltda.*, ingressou com Ação Cautelar com pedido de antecipação de tutela visando restabelecer os efeitos do contrato de distribuição e revenda de bebidas que celebrou com a empresa Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV.

12. Extrai-se do processo que o rompimento do contrato na forma como foi feito, resulta em prejuízos econômicos e financeiros em detrimento aos interesses da Agravante, posto que essa empresa efetivou investimento para atender as expectativas geradas em função da assinatura do aditivo de continuidade do contrato.

13. Por outro lado, é de se acentuar que a empresa Agravada, *Ambev*, não demonstrou, tampouco comprovou a existência de motivos relevantes para a rescisão do contrato.

14. Destaque-se que a pretensão deduzida pela Agravante, empresa *Cosme e Vieira Ltda.*, não diz como a revisão dos termos do contrato, mas a sua manutenção, nas condições em que vinha sendo praticado.



15. A decisão agravada regimentalmente pela empresa *Ambev*, apenas e tão somente, manteve os termos do contrato a despeito da ruptura do pacto no atual estágio se resvala em prejuízo irreparável e de difícil reparação para a empresa Agravante - *Cosme e Vieira Ltda.* Em vista disso, essa decisão deve prevalecer uma vez que amparada pela regra processual de regência.

16. Importa destacar que não consta do presente recurso elementos que dêem certeza quanto a eventual impacto em relação a direitos de terceiros. Assim, visando preservar o princípio constitucional do contraditório e a regra do art. 472 do CPC, ressalto que a execução da decisão concessiva do efeito suspensivo ativo não deverá resultar em prejuízo para outrem, sejam pessoais físicas ou jurídicas que por ventura mantenham relação com as empresas contendoras.

17. Recurso de Agravo de Instrumento conhecido e provido e Agravo regimental improvido, por votação unânime (e-STJ, fls. 1.144/1.147)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 1.242/1.248).

Inconformada, AMBEV interpôs o presente recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, no qual alega ofensa aos arts. 131, 165, 219, 267, V, 273, 301, §§ 1º e 3º, 458, 471, 473, 496, 512, 504, 522, 525, I, 527, III, 535 e 798, todos do CPC/1973, 1º, 3º, 4º, *caput* e § 2º, 6º, parágrafo único, 19, 21 e 22 da Lei da Arbitragem (9.307/1996), além de dissídio jurisprudencial.

Alegou, em preliminar, que o Tribunal *a quo*, apesar dos embargos declaratórios, não esclareceu pontos fundamentais para o deslinde da controvérsia, permanecendo omissa.

Quanto ao mérito, em síntese, afirmou que (1) o agravo de instrumento não era cabível porque não existiu decisão interlocutória; (2) a eleição da arbitragem pelas partes para solução dos conflitos decorrentes da avença torna o Juízo Arbitral, e só ele, o competente para decidir sobre as questões relativas à validade e à eficácia da cláusula compromissória, não podendo o Tribunal *a quo* fazê-lo; (3) ocorreu a litispendência, haja vista que a *Cosme*, apesar de ter concordado com a cláusula compromissória, propôs três ações cautelares visando a tutela do caso concreto, das quais, duas ainda se encontram em curso e tramitando perante juízos distintos; (4) o agravo não poderia ter sido conhecido porque os autos não foram instruídos com a cópia da decisão agravada; e, (5) não estavam presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela cautelar.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial (e-STJ, fls. 1.323/1.329).

O apelo nobre foi inadmitido na origem, razão pela qual foi interposto agravo regimental em recurso especial, ao qual neguei provimento em razão da incidência da Súmula n. 126 do STJ.

No julgamento do agravo regimental interposto pela *Ambev*, reconsiderarei a decisão agravada e dei provimento ao recurso para melhor exame da controvérsia.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): O recurso comporta acolhimento.

(1) *Da inaplicabilidade do NCPC.*

De plano, vale pontuar que as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são inaplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9.3.2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*

(2) *Da alegada ofensa aos arts. 131, 165, 458 e 535, I e II, do CPC/1973.*

A *Ambev* afirma que apesar da oposição dos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* não se manifestou sobre os vícios apontados nos aclaratórios e não fundamentou o acórdão impugnado.

Não há falar em omissão ou ausência de fundamentação do acórdão recorrido que apreciou as questões que lhe foram submetidas, embora de forma desfavorável a pretensão da *Ambev*.

No mais, é cediço que o julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, cabendo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu *in casu*.

O Tribunal *a quo*, de forma clara, fundamentada e suficiente, consignou expressamente que (1) a postergação da apreciação da medida urgente pelo Juízo *a quo* desafiava a interposição do recurso de agravo de instrumento; (2)

o Poder Judiciário era competente para dirimir conflito decorrente de relação contratual que estabeleceu na cláusula compromissória; (3) o estabelecimento da arbitragem não afasta o jurisdicionado da tutela do Estado; (4) as partes podem renunciar à cláusula compromissória a qualquer momento; (5) não há cláusula compromissória válida para justificar a instauração do juízo arbitral; e, (6) inexistente litispendência, ou seja, resolveu as questões que lhe foram devolvidas com a aplicação do direito que entendeu cabível ao caso, de modo que não se traduz em omissão ou ausência de fundamentação, a motivação contrária ao interesse da parte, razão pela qual não há se falar em ofensa aos referidos dispositivos do CPC/1973.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

Processo Civil. Agravo regimental em recurso especial. Cumprimento de sentença. Decisão do juiz da causa. Inexistência de conteúdo decisório e de gravame para a parte. Irrecorribilidade. Jurisprudência do STJ. Violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC. Não ocorrência.

*1. Considera-se improcedente a arguição de ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC quando o Tribunal a quo se pronuncia, de forma motivada e suficiente, sobre os pontos relevantes e necessários ao deslinde da controvérsia.*

*2. O que distingue o despacho da decisão interlocutória impugnável via agravo de instrumento é a existência ou não de conteúdo decisório e de gravame para a parte. Jurisprudência do STJ.*

*3. Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no REsp n. 1.309.949/MS, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, Terceira Turma, julgado aos 5.11.2015, DJe de 12.11.2015, sem destaque no original).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Civil. Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil. Dano moral. Publicação de matéria jornalística ofensiva à honra da parte autora. Dano moral caracterizado. Violação dos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC. Omissão e falta de fundamentação inexistentes. Ofensa aos arts. 186, 188, I, e 927 do Código Civil. Ato ilícito e nexo de causalidade comprovados. Pleito de revisão do *quantum*. Desnecessidade. Verba fixada em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Reforma do julgado. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. Dissídio jurisprudencial. Não comprovado.

*1. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.*

[...]

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.422.943/RJ, da minha relatoria, Terceira Turma, julgado aos 20.10.2015, DJe de 11.11.2015, sem destaque no original).

No mesmo sentido: AgRg no AREsp n. 629.682/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, Terceira Turma, julgado aos 16.4.2015, DJe de 30.4.2015 e AgRg no AREsp n. 566.381/GO, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado aos 16.10.2014, DJe de 23.10.2014.

Cabe o registro que o Tribunal *a quo*, no julgamento dos embargos de declaração, entendeu como prequestionados os seguintes dispositivos legais elencados nos aclaratórios: arts. 512, 522, 525, III, 5º, XLV, da CF/1988 e 1º, 3º, 4º, *caput*, 6º, parágrafo único, 8º, *caput* e parágrafo único, 19, 21 e 22 da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996).

(3) *Da alegada ofensa aos arts. 1º, 3º, 4º, caput e § 2º, 6º, parágrafo único, 19, 21 e 22 da Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/1996).*

Os referidos dispositivos assim dispõem:

Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firma o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda

em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para esse fim.

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

A *Ambev* afirma a incompetência do Poder Judiciário para julgar a causa, com o fundamento de que as partes, ao celebrarem a avença, acordaram que todo e qualquer litígio relacionado ao contrato de revenda e distribuição de bebidas seria dirimido por arbitragem, a ser realizada em São Paulo, de acordo com as regras do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

Sustenta que, aos 18.11.2013, deu início ao Procedimento Arbitral (n. 69/2013/SEC03); aos 3.6.2014, foi regularmente constituído o Tribunal Arbitral, se instaurando a arbitragem nos termos do art. 19 da Lei n. 9.307/1996; e, a partir daí, não mais se justificaria a atuação estatal.

Assegura que as partes em litígio não são hipossuficientes e que o contrato celebrado entre elas não era de adesão, pois estabeleciam uma relação comercial complexa e específica que compreendia a revenda e a distribuição de bebidas no Estado do Piauí, o que exigiu longos debates, concessões e negociações para que a relação fosse equilibrada.

Assevera que nos termos do art. 8º da Lei n. 9.307/1996 caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, da validade e da eficácia da convenção de arbitragem e do contato que contenha a cláusula arbitral.

Assiste razão a *Ambev*, num particular, como a seguir se verá.

Colhe-se dos autos que as partes celebraram aos 24.7.1992 contrato de revenda e distribuição de bebidas alcoólicas (e-STJ, fls. 433/438) e, que, após a realização de vários termos aditivos (e-STJ, fls. 139/143, 370/371 e 510/511), notificações extrajudiciais denunciando o contrato (e-STJ, fls. 149

e 150) e, inclusive a celebração de instrumento particular de distrato (e-STJ, fls. 151/156), a relação comercial entre eles perdurou até 13.1.2014, após o transcurso do prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da notificação extrajudicial que denunciou o contrato, realizada aos 24.6.2013 (e-STJ, fl. 460), pois a *Ambev* deixou de fornecer as mercadorias objeto do ajuste.

Inconformado com o fim da relação contratual, COSME ajuizou no Juízo de Direito da Vara Cível da Comarca de Bom Jesus - PI, aos 6.2.2014, ação cautelar inominada com pedido de liminar (Processo n. 0000159-48.2014.8.18.0040) contra a *Ambev*, visando suspender os efeitos da resilição unilateral do ajuste, com o fundamento de que o rompimento imotivado lhe causou sérios prejuízos, pois muito investiu muito para atender a revenda dos produtos da requerida (e-STJ, fls. 44/57).

Com o argumento de que o juiz singular demorou na apreciação do pedido liminar, *Cosme* interpôs agravo de instrumento e obteve decisão suspendendo os efeitos da quebra unilateral do contrato de distribuição, até o julgamento da ação principal que seria ajuizada.

O Juízo *a quo* cumprindo a decisão do relator do agravo, determinou a notificação da *Ambev*, aos 22.4.2014, para manter o contrato e contestar o pedido da *Cosme* (e-STJ, fl. 224).

A *Ambev*, então, aos 9.4.2014, contestou e apresentou exceção de incompetência (e-STJ, fls. 234/242 e 248/285), tendo afirmado a incompetência da Comarca de Bom Jesus para o processamento da ação, porque estava em curso processo arbitral na Câmara do Comércio Brasil-Canadá para resolver os litígios decorrentes do contrato que havia entre eles, em razão da existência de cláusulas compromissórias nos aditivos contratuais.

Com a cassação da liminar pelo relator do agravo de instrumento (Processo n. 2014.0001.001586-5), a *Cosme* pugnou pela apreciação do pedido cautelar pelo Juízo da Comarca de Picos. Novamente diante da inércia dele, foi interposto, aos 27.6.2014, outro agravo de instrumento com pedido de efeito ativo, objeto do presente recurso especial que, como dito no relatório, foi provido.

Ocorre que *antes* do ajuizamento da ação cautelar pela *Cosme* perante o Juízo da Comarca de Picos, aos 18.11.2013, a *Ambev* formulou pedido de instauração de arbitragem ao Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil - Canadá (Processo Arbitral n. 69/2013/SEC3), em decorrência da existência de cláusula compromissória prevendo a resolução dos

conflitos em decorrência da extinção do contrato firmado entre eles (e-STJ, fls. 416/425).

Notificada para a instauração da arbitragem, a *Cosme*, aos 12.12.2013, apresentou resposta e reconvenção, tendo alegado, em síntese, a inexistência de convenção de arbitragem e pediu que se apurassem os danos emergentes, lucros cessantes e danos morais que lhe foram causados pela *Ambev* (e-STJ, fls. 469/484).

A Presidência da Câmara do Comércio Brasil-Canadá aos 17.1.2014, diante da existência de questões que exigiam produção de prova, determinou o prosseguimento com a arbitragem e ressaltou o direito da parte apresentar a arguição sobre a validade da cláusula arbitral ao Tribunal Arbitral, uma vez ele constituído (e-STJ, fls. 501/502).

O **Tribunal Arbitral foi declarado constituído aos 6.5.2014** (e-STJ, fl. 634) e o **Termo de Arbitragem foi celebrado aos 3.6.2014** (e-STJ, fls. 954/964), ou seja, *antes da decisão do Relator* do Agravo de Instrumento (Processo n. 2014.0001.004482-8), que atribuiu efeito ativo ao recurso para manter os termos do contrato e sob pena de multa diária em caso de descumprimento (e-STJ, fls. 1.002/1.006), mantida pela Tribunal *a quo*, como antes visto.

A controvérsia consiste em saber se a existência de cláusula compromissória na relação contratual mantida entre as partes, apesar da instauração do procedimento arbitral, retira da Justiça comum a competência para examinar o litígio que lhe foi submetido, passando ao Juízo arbitral, com primazia, a análise da validade e da eficácia da cláusula compromissória.

O Tribunal local entendeu que tinha competência e decidiu as questões postas no agravo de instrumento com os seguintes fundamentos:

Nas razões do Agravo regimental, Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV invoca a prejudicial de incompetência absoluta do Poder Judiciário para dirimir o conflito, porquanto decorre de relação contratual que estabelece cláusula de estabelecimento de Juízo arbitral, destacando que já existe litígio pendente de julgamento perante o juízo arbitral relacionada à mesma causa de pedir.

Constituído o tribunal arbitral, nos termos alegado, este se mostra como órgão competente para apreciar as medidas de urgência envolvendo as partes contratantes.

O procedimento arbitral é, na verdade, opção para a solução de controvérsias relativas a bens disponíveis. Mesmo assim a arbitragem não afasta do

jurisdicionado a tutela do Estado, sendo uma escolha com base na autonomia de vontade das partes. Desse modo, não havendo mais interesse no julgamento pela via da arbitragem e renunciando as partes à cláusula compromissória, poderão a qualquer momento recorrer a solução do litígio pela via estatal.

Sobre o tema, Dias e Soares (2011:716), ensina que se trata de procedimento alternativo ao procedimento judicial e permite, em alguns casos, que seja desenvolvida uma decisão atendendo aos princípios da celeridade e da eficiência.

A arbitragem consiste em mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias, sendo o qual as partes litigantes investem, por meio de uma convenção arbitral (cláusula compromissória e compromisso arbitral), uma ou mais pessoas de poderes decisórios para resolver seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, decisão esta que possui eficácia de sentença judicial, portanto, não sujeita a posterior homologação pelo Poder Judiciário.

Ocorre que a Constituição Federal institui o monopólio estatal da jurisdição, fixado no art. 5º, inciso XXXV, ao prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[...]

Como visto, tomando como base a sua caracterização, o procedimento arbitral é uma opção para a solução de controvérsias relativas a bens disponíveis. No entanto, a arbitragem não afasta do jurisdicionado a tutela do Estado, sendo uma escolha com base na autonomia de vontade das partes. Deste modo, não havendo mais interesse no julgamento pela via da arbitragem e renunciando as partes à cláusula compromissória, poderão, a qualquer momento recorrer a solução do litígio pela via estatal.

*No presente caso, o só o fato da Agravante recorrer ao Judiciário pressupõe a renúncia à cláusula compromissória do juízo arbitral estabelecida no contrato.*

*Por outro lado, a instituição do juízo arbitral exige a adoção de procedimento peculiar quanto à elaboração do contrato, sobretudo quando se trata de contrato de adesão.*

Nesse ponto, o § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/1996 deixa claro que o objetivo de não vinculação compulsória de quem quer que seja ao compromisso arbitral, nos contratos de adesão, em que a parte, ao firma-lo, adere, em bloco, às cláusulas e condições impressas. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de submeter o litígio à arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, por escrito, em documento anexo ou em negrito, com visto ou assinatura aposta para tal finalidade específica.

No presente caso, as partes litigantes firmaram vários contratos e aditivos subsequentes. Mesmo assim, da prova acostada, não se evidencia aditivo com cláusula compromissória válida a fundar a instauração do juízo arbitral.



Acentue-se, de outra parte, que o compromisso de arbitragem não é de natureza absoluta, admitindo-se a atuação do Poder Judiciário para a concessão das medidas de urgência...

[...]

É de se destacar que não existe na lei de arbitragem nenhum dispositivo que imponha a utilização desse procedimento, assim como inexistente norma que proíba as partes de irem ao Judiciário para resolver seus conflitos (e-STJ, fls. 1.152/1.154, sem destaques no original).

Observa-se da transcrição supracitada que para o colegiado local, a existência de convenção de arbitragem não retira a competência judicial para analisar a lide apresentada porque (1) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (2) inexistente cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral; e, (3) a parte pode, a qualquer momento, recorrer à solução do litígio pela via estatal.

De início, o primeiro fundamento do acórdão recorrido de afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição não subsiste, pois o Tribunal do Pleno do STF, no julgamento da SE n. 5.206 AgR, Rel. Ministro *Sepúlveda Pertence*, DJ de 30.4.2004, declarou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem e proclamou *que a manifestação da vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante a firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.*

Com efeito, não havia que se cogitar de inconstitucionalidade, pois o acesso à jurisdição pelos interessados não é impedida, e a Lei n. 9.307/1992 não impõe a utilização da arbitragem, como se pode observar da redação dos arts. 1º e 3º, que dispõem, respectivamente, que *as pessoas capazes poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis* e que *as partes interessadas podem submeter a solução de seu litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.*

De outra parte, a questão relacionada à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral deve ser resolvida, em primeiro lugar, por ele, e não pelo Poder Judiciário.

Apesar do acórdão recorrido ter concluído que a relação entre as partes era de consumo e, por isso, a cláusula arbitral não seria válida por não ter preenchido a exigência do § 2º do art. 4º da Lei da Arbitragem, não se pode fazer vista grossa para a norma do parágrafo único do art. 8º da referida lei.

De acordo com o aludido dispositivo legal, *cabera ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.*

CARREIRA ALVIM, ao comentar esse artigo, leciona que permanecerá no âmbito do juízo arbitral e serão solucionados pelo árbitro *não só os litígios estritamente contratuais, mas também qualquer questão relativa à existência, validade ou eficácia (intrínseca) do contrato, como da própria cláusula compromissória* (ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2ª edição. Curitiba:Juruá, 2007, p. 89).

JOSÉ FRANCISCO CAHALI, quando trata na sua obra do princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*), adotado pelo parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem, assinala que *seu acolhimento significa dizer que, com primazia, atribui-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato* e acrescenta que *essa regra é de fundamental importância ao instituto da arbitragem, na medida em que, se ao Judiciário coubesse decidir, em primeiro lugar, sobre a validade da cláusula, a instauração do procedimento arbitral restaria postergado por longo período, e, por vezes, apenas com o intuito protelatório de uma das partes em esquivar-se do cumprimento da convenção* (**Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 99).

Sobre o árbitro apreciar previamente a controvérsia da validade e/ou eficácia da cláusula compromissória, JOSÉ FRANCISCO CAHALI, na mesma obra, ressalta que, *em momento oportuno, após a sentença arbitral, a matéria pode ser submetida ao exame do Poder Judiciário, se o vício da convenção resultar em alguma das hipóteses previstas no art. 32, I, da Lei de Arbitragem, de modo que não se exclui o juízo estatal, e nem se poderia, do exame da 'existência, validade e eficácia da cláusula', mas esta apreciação se fará, se o caso, após a sentença arbitral* (p. 99).

Nesse compasso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já proclamou que *a matéria relativa à validade da cláusula arbitral deve ser apreciada, primeiramente, pelo próprio árbitro*, sendo ilegal a declaração de nulidade da convenção de arbitragem pela jurisdição estatal antes da instituição do procedimento arbitral.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

Direito Processual Civil. Recurso especial prematuro. Reabertura de prazo recursal. Ratificação. Parte sem poderes para a prática desse ato processual. Aditamento de recurso especial. Impossibilidade. Direito Civil. Arbitragem. Pretensão de invalidação do compromisso arbitral. Inadmissibilidade de judicialização prematura do tema.

1.- Nos termos da Súmula 418/STJ: É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

2.- Inadmissível a uma das partes a ratificação das razões de recurso especial apresentadas por outra.

3.- Não se admite, em sede de recurso especial, a alegação de ofensa a dispositivo da Constituição Federal.

*4.- Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão arbitral, sendo inviável a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes de sua instituição, vindo ao Poder Judicial sustentar defeitos de cláusula livremente pactuada pela qual, se comprometeu a aceitar a via arbitral, de modo que inadmissível a prematura judicialização estatal da questão.*

5.- Recurso especiais improvidos.

(REsp n. 1.355.831/SP, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, julgado aos 19.3.2013, DJe de 22.4.2013, sem destaque no original).

Direito Civil e Processual Civil. Arbitragem. Acordo optando pela arbitragem homologado em juízo. Pretensão anulatória. Competência do juízo arbitral. Inadmissibilidade da judicialização prematura.

*1.- Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em Acordo Judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via oblíqua do retorno ao Juízo.*

2.- Mesmo no caso de o acordo de vontades no qual estabelecida a cláusula arbitral no caso de haver sido homologado judicialmente, não se admite prematura ação anulatória diretamente perante o Poder Judiciário, devendo ser preservada a solução arbitral, sob pena de se abrir caminho para a frustração do instrumento alternativo de solução da controvérsia.

3.- Extingue-se, sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VII), ação que visa anular acordo de solução de controvérsias via arbitragem, preservando-se a jurisdição arbitral consensual para o julgamento das controvérsias entre as partes, ante a opção das partes pela forma alternativa de jurisdição.

4.- Recurso Especial provido e sentença que julgou extinto o processo judicial restabelecida.

(REsp n. 1.302.900/MG, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, julgado aos 9.10.2012, DJe de 16.10.2012, sem destaque no original).

Dessa forma, com suporte na doutrina e em julgados desta Corte, parece que foi prematura a declaração de invalidade da cláusula compromissória pelo Tribunal *a quo*, pois existe norma legal específica conferindo competência ao árbitro para examinar as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que a contenha.

Cabe ressaltar que a *Cosme* tinha ciência inequívoca de que tramitava lide que a envolvia com a *Ambev* no Juízo arbitral, antes mesmo da propositura da ação judicial, de modo que não se afigura adequado a parte buscar resolver o litígio pela duas vias.

Não bastasse, cabe ainda pontuar que cláusula compromissória e compromisso arbitral, são espécies do gênero convenção arbitral, e que, apesar de apresentarem características próprias, elas têm em comum a vontade da partes - manifestação da autonomia da vontade -, de subtrair do Poder Judiciário a controvérsia a que se referem.

De acordo com o art. 4º da Lei da Arbitragem, cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. O compromisso arbitral, por sua vez, é o acordo ajustado pelas partes envolvidas na presença de um conflito já deflagrado, concreto, com previsão no art. 9º da aludida lei.

A Corte Especial, sobre os institutos, já decidiu que a cláusula compromissória objetiva submeter o processo arbitral apenas a questões indeterminadas e futuras, que possam decorrer da execução do contrato, enquanto que o compromisso arbitral se destina a submeter ao Juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes (SEC n. 1.210/GB, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, julgado aos 20.6.2007, DJ de 6.8.2007).

No que interessa ao feito, a doutrina especializada classifica a cláusula compromissória de acordo com o seu conteúdo, como cheia ou vazia, de modo a ensejar a solução do conflito pela arbitragem, mas seguindo caminhos distintos.

JOSÉ FRANCISCO CAHALI considera cláusula arbitral cheia *a disposição contratual na qual contenha os elementos previstos no art. 5º da Lei:*

*indicação de arbitragem institucional, sendo inaugurada a arbitragem segundo as regras da entidade eleita, ou especificação na cláusula da forma como será promovida a instituição da arbitragem, principalmente no que se refere à nomeação de árbitro para que se viabilize a instauração do juízo arbitral (op. cit. p. 115).*

Segundo o autor, *indicando as partes a instituição para administrar a arbitragem, nada mais será necessário prever, pois o regulamento da entidade certamente contém todas as regras e providências a serem adotadas pela partes ao pretenderem instaurar a arbitragem diante do conflito decantado (op. cit. p. 115).*

Já a cláusula compromissória vazia é aquela que, sem especificar o Tribunal arbitral, se limita a afirmar que qualquer desavença decorrente do negócio jurídico será solucionado pela arbitragem. Como ela traz uma lacuna quanto à forma de instauração do procedimento arbitral, é necessário a formalização de um compromisso arbitral, nos termos dos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem.

No caso, a hipótese é de presença de cláusula compromissória cheia, pois nos aditivos contratuais ao contrato de revenda e distribuição de bebidas (e-STJ, fls. 139/143, 370/371 e 510/511) e no instrumento particular de distrato (e-STJ, fls. 151/156) ficou ajustado que:

todo e qualquer litígio com relação ao conteúdo do contrato, termo de atendimento provisório ou deste instrumento, ou que seja dele decorrente, inclusive quanto a validade, existência ou eficácia deles, deverá ser obrigatoriamente dirimido por arbitragem, a ser realizada na cidade de São Paulo, em idioma português, *por e de acordo com o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.*

Verifica-se, então, que foi especificada a instituição que iria administrar a arbitragem, ou seja, os futuros e eventuais conflitos que pudessem existir entre as partes em decorrência da relação contratual que mantinham, indicando a presença de uma cláusula compromissória cheia.

Ainda segundo JOSÉ FRANCISCO CAHALI, *diante de um conflito no qual o contrato traga uma cláusula compromissória cheia, a instauração do procedimento arbitral é direta, sem necessidade de passagem pelo Judiciário, e será feita de acordo com as regras previstas pela partes, diretamente, ou de forma indireta, ao indicarem a instituição arbitral com regulamento próprio (op. cit., p. 117).*

A Quarta Turma, no julgamento do REsp n. 1.278.852/MG, da relatoria do Ministro *Luis Felipe Salomão*, assentou que a cláusula compromissória que contém, *como elemento mínimo indispensável, a eleição do órgão convencional de*

*solução de conflitos*, por si só, rende ensejo à incidência direta e automática do parágrafo único do art. 8º, combinado com o art. 20 da Lei de Arbitragem.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

Processo Civil. Convenção arbitral. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Análise da validade de cláusula compromissória “cheia”. Competência exclusiva do juízo convencional na fase inicial do procedimento arbitral. Possibilidade de exame pelo Judiciário somente após a sentença arbitral.

1. Não ocorre violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil quando o Juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente. Precedentes.

2. *A cláusula compromissória ‘cheia’, ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb).*

3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica (“em branco”) -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, *a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.*

4. *No caso dos autos, desponta incontestemente a eleição da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB) como tribunal arbitral para dirimir as questões oriundas do acordo celebrado, o que aponta forçosamente para a competência exclusiva desse órgão relativamente à análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito, consoante implementado de forma escoreita pelo magistrado de piso. Precedentes da Terceira Turma do STJ.*

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.278.852/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado aos 21.5.2013, DJe de 1º.6.2013, sem destaques no original).

Na mesma ordem de decidir os seguintes precedentes:

Direito Processual Civil. Recurso especial. Exceção de pré-executividade. Nulidade de sentença arbitral. Cláusula compromissória “cheia”. Compromisso arbitral. Prescindibilidade. Ata de missão. Delimitação da controvérsia e das regras aplicáveis. Consentimento expresso. Artigos analisados: 5º, 6º e 19 da Lei n. 9.307/1996.

1. Agravo de instrumento interposto na origem em 10.7.2007, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 31.7.2013.

2. Exceção de pré-executividade oposta com o fim de declarar a nulidade de sentença arbitral, ante a ausência de assinatura de compromisso arbitral.

3. *A convenção de arbitragem, tanto na modalidade do compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, é suficiente e vinculante, afastando definitivamente a jurisdição estatal.*

4. A contratação de cláusula compromissória “cheia”, espécie admitida pelo art. 5º da Lei de Arbitragem, na qual se convencionou a forma de nomeação dos árbitros ou adoção de regras institucionais, prescinde de complementação por meio de compromisso arbitral.

5. A “ata de missão” ou “termo de arbitragem” não se confunde com a convenção arbitral. Trata-se de instrumento processual próprio, pelo qual se delimita a controvérsia posta e a missão dos árbitros.

6. Diante da liberdade ampla vigente no procedimento arbitral, a manifestação das partes e dos árbitros na Ata de Missão possibilita a revisão e adequação das regras que serão utilizadas no desenrolar do processo, ainda que resulte em alterações quanto ao anteriormente convencionado, desde que respeitada a igualdade entre as partes e o contraditório.

7. Negado provimento ao recurso especial.

(REsp n. 1.389.763/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado aos 22.11.2013, DJe de 20.11.2013, sem destaque no original).

Recurso especial. Juízo arbitral. Cassação de sentença extintiva sem exame de mérito. Reforma. Maioria. Embargos infringentes. Descabimento. Instâncias ordinárias esgotadas. Cláusula compromissória cheia. Vício de consentimento alegado. Artigo 8º, parágrafo único, 20, 32 e 33, da Lei n. 9.307/1996. Recurso especial provido.

1. Não são cabíveis embargos infringentes contra acórdão que, conquanto por maioria, cassa a sentença extintiva e determina a reapreciação da questão na primeira instância.

2. *Tratando-se de cláusula compromissória ‘cheia’, na qual é designado o órgão arbitral eleito, estabelecida em documento escrito, por partes maiores e capazes, acerca de direitos disponíveis, devem as questões acerca de sua interpretação, validade e eficácia ser, em princípio, dirimidas pelo árbitro, restando à parte interessada a possibilidade de impugnação da sentença arbitral nas hipóteses previstas no art. 33 da Lei n. 9.307/1996.*

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.327.619/MG, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado aos 20.8.2013, DJe de 28.8.2013, sem destaque no original).

Por oportuno, cabe ressaltar que em outros julgados, esta eg. Corte Superior já proclamou que a simples constatação de previsão de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral que, com precedência, deve decidir as questões acerca da validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Nesse sentido:

Direito Processual Civil. Arbitragem. Medida cautelar. Competência. Juízo arbitral não constituído.

1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*.

2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.

3. *Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.*

4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.297.974/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12.6.2012, DJe 19.6.2012, sem destaque no original)

Agravo regimental. Agravo em recurso especial interposto em contrariedade à decisão que, em observância ao artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil, determina a retenção do recurso especial. 1. Discussão afeta à constatação de previsão de convenção arbitral pelas partes. Deslinde que guarda a potencialidade de derrogar a jurisdição estatal e, por conseguinte, tornar inútil toda a atividade a ser desenvolvida no processo. Afastamento da retenção do recurso especial. Necessidade. 2. Agravo regimental provido.

1. A controvérsia instaurada no recurso especial, retido na origem, consiste justamente em saber se há cláusula de convenção de arbitragem, circunstância



que, caso reconhecida, tem o condão de derrogar, a princípio, a própria jurisdição estatal, de modo a tonar inócua toda a atividade que venha a ser desenvolvida no processo. 1.1. *A simples constatação de previsão de convenção de arbitragem - objeto de discussão no recurso especial - enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral, que, com precedência ao Poder Judiciário, deve decidir, nos termos do parágrafo único da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Precedentes.*

1.2. Guardadas as particularidades de cada caso, não se pode deixar de considerar, inclusive, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estribada na preservação e utilidade dos atos processuais, reputa igualmente descabida a retenção do recurso especial, na hipótese em que a questão interlocutória nele encerrada refere-se à própria competência para conhecer e julgar a ação proposta. 1.3 Ressai evidenciado, assim, a necessidade de se exaurir, com precedência de qualquer outra questão, a discussão acerca da existência de convenção de arbitragem, a considerar que a verificação desta, como assinalado, tem o condão de tornar inútil, a princípio, a atuação jurisdicional do Estado.

2. Agravo Regimental Provido, assim como o agravo a ele subjacente, para afastar a retenção do recurso especial determinada na origem, impondo-se à Corte local que proceda ao processamento da insurgência recursal, e, posteriormente, ao juízo de admissibilidade, como entender de direito.

(AgRg no AREsp n. 371.993/RJ, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, Rel. p. acórdão Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, Terceira Turma, julgado aos 14.10.2014, DJe de 6.11.2014, sem destaque no original).

Por fim, por guardar pertinência com o que aqui se decide, peço vênias para transcrever a seguinte passagem do voto proferido pela Ministra *Nancy Andriighi* na Segunda Seção, no julgamento do CC n. 111.230/DF, julgado aos 8.5.2013, DJe de 3.4.2014:

Naturalmente não se trata de uma questão simples.

Contudo, o indispensável fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei n. 9.307/1996 torna indispensável que se preserve, na maior medida possível, a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões ligadas ao mérito da causa.

Negar tal providência esvaziaria o conteúdo da Lei de Arbitragem, permitindo que, simultaneamente, o mesmo direito seja apreciado, ainda que em cognição perfunctória, pelo juízo estatal e pelo juízo arbitral, muitas vezes com sérias possibilidades de interpretações conflitantes para os mesmos fatos.

Por todo o exposto, era mesmo prematuro o ajuizamento da ação cautelar no Tribunal de Justiça local antes que o Juízo arbitral instituído previamente, ao

menos em primazia, examinasse e se pronunciasse sobre a existência, validade e eficácia do compromisso arbitral, tendo em conta os termos dos arts. 8º, parágrafo único e 20 da Lei de Arbitragem.

Tenho por prejudicadas as demais questões trazidas no recurso especial.

Nessas condições, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento* para reformar o acórdão recorrido e extinguir o processo sem resolução do mérito, em razão da eleição de cláusula arbitral (art. 267, VII, do CPC/1973).

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 1.626.495-SP (2015/0151618-2)**

---

Relatora: Ministra Nancy Andri ghi

Recorrente: K R K

Advogado: Fabiano César Nogueira e outro(s) - SP305020

Recorrido: R S F

Advogado: Marcelo Truzzi Otero e outro(s) - SP130600

Interes.: J F S K (menor)

---

#### **EMENTA**

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Divórcio. Guarda compartilhada. Possibilidade.

I. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei n. 13.058/2014).

II. Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil.

III. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – *jure tantum* – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, *salvo se um dos genitores*

[ascendentes] *declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor* (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC).

IV. Recurso conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

---

DJe 30.9.2016

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Recurso de agravo originalmente concluso ao Ministro João Otávio de Noronha em 31 de julho de 2015, redistribuído ao meu gabinete em 29.8.2016.

Decisão determinando a sua reatuação em recurso especial, publicada no dia 30.8.2016.

Cuida-se de recurso especial interposto por K R K, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

*Ação:* de Divórcio, precedida de ação cautelar preparatória, com pedidos de fixação de guarda, regime de visitas e partilha do patrimônio, ajuizada por R S F, em face do recorrente.

Em contestação, o recorrente, além de discutir questões patrimoniais (relativas à validade do rol elencado pela recorrida), pleiteou o deferimento de guarda compartilhada sobre o filho comum do casal.

*Sentença:* julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos em sede cautelar, e na ação principal, para decretar o divórcio do casal, fixando a guarda do filho menor à mãe-recorrida e regulando o direito de visita do pai ao filho.

*Acórdão:* negou provimento ao duplo recurso, em acórdão assim ementado:

*Guarda e visitas.* Guarda atribuída à mãe com direito de visitas ao pai. Genitor requiere a fixação de guarda compartilhada e genitora o suprimento de pernoite às quarta feiras. Guarda compartilhada inadmissível pelo descompasso dos pais. Pernoite favorável à criança. Estudos sociais e psicológicos que demonstram o acerto da decisão proferida. Recursos desprovidos.

*Recurso especial:* contra esse acórdão, interpõe-se o presente recurso especial, calcado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, onde se aponta a violação do art. 1.584, II, § 2º, do Código Civil, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta que:

Tanto a sentença quanto o acórdão ignoraram os elementos dos autos que apontam o recorrente – pai do menor – como pessoa responsável e apta a cuidar do seu filho, em guarda compartilhada, decisão que igualmente afronta o comando legal e dissente de outros julgados que apontam para a imposição da fixação da guarda compartilhada.

Às fls. 1.151/1.157, parecer do MPF, de lavra do Subprocurador-Geral da República Humberto Jacques de Medeiros, pelo provimento do agravo em recurso especial e, no mérito deste, pelo seu provimento.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia em dizer se, à luz da atual redação do art. 1.584, II, § 2º, do Código Civil, é possível ao julgador indeferir pedido de guarda compartilhada, sem a demonstração cabal de que um dos ex-cônjuges, não está apto a exercer o poder familiar.

*I – Lineamentos sobre a doutrina e a jurisprudência do STJ para o tema*

01. No agora já distante ano de 2011, esta Turma inaugurou o, à época, vanguardista posicionamento a favor da guarda compartilhada, como o ideal a ser buscado na criação dos filhos, pós-divórcio.

02. Essa linha jurisprudencial vencia a ideia reinante de que os filhos, de regra, deveriam ficar com a mãe, restringindo-se a participação dos pais a

circunstâncias episódicas que, na prática, acabavam por desidratar a legítima e necessária atuação do cônjuge que não detinha a custódia física – normalmente o pai –, fazendo deste um mero coadjuvante na criação dos filhos.

03. O sistema que ainda era vigente na dominante jurisprudência nacional, espelhava, com evidente descompasso histórico, a ultrapassada sociedade patriarcal e os seus padrões, que foram, no entanto, superados por uma nova postura social, albergada pelo texto constitucional de 1988, o qual definiu novos parâmetros para as relações intrafamiliares, como a paternidade responsável; a igualdade entre os gêneros; a preservação, para a criança e, ao adolescente, dos valores imateriais necessários ao seu desenvolvimento sadio (dignidade, convivência familiar e proteção contra a negligência).

04. Mas não foi apenas as alterações sociais que marcaram essa inflexão nas relações familiares, notadamente, na guarda dos filhos pós-divórcio.

05. Paralela a essa evolução do pensamento jurídico, ocorreu também a crescente percepção de qual, efetivamente, é o bem jurídico a ser perseguido na fixação do sistema de guarda: *o melhor interesse do menor*.

06. Mais do que isso! Estudos e observações cotidianas, de há muito vem confirmando o que já era intuitivamente depreendido: que a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

07. Nessa linha, afirma Marlise B. Scretas:

Na sociedade moderna, a divisão de tarefas dentro de uma família entre seus membros e a especial atenção que os pais dedicam à prole é medida necessária para garantir a funcionalidade e o sucesso da intermediação entre a família e o mundo social.

A convivência com ambos os genitores propicia o desenvolvimento potencialmente sadio da criança, possibilitando a esta vivenciar modelos diferenciados com cada um dos adultos que a assistem, enriquecendo suas relações e seu mundo interno.

Os conflitos de lealdade entre pais e filhos, que são contumazes em situações de separação, são desta forma mitigados, o sentimento de exclusão do genitor preterido na guarda unilateral dá lugar ao favorecimento e maior intimidade entre pais e filhos, bem como a possibilidade de um convívio mais centrado na criança e não nas dificuldades do casal.

08. Essa nova visão do que seria o ideal na criação de filhos, em caso de divórcio, começou, mesmo que timidamente, a receber reflexos da legislação e também da jurisprudência, como o que era expresso na original redação do art. 1.584 do vigente Código Civil, que fixava a atribuição da guarda dos filhos, em caso de separação ou divórcio, “(...) a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

09. Esse mesmo artigo, com a alteração trazida pela Lei n. 11.698/2008, passou a acolher a possibilidade de guarda compartilhada, fato louvado por boa parte da doutrina e, por óbvio, por uma parcela significativa de pais, que até então, apesar de desejarem participar ativamente do cuidado com a prole, apenas com o beneplácito da cônjuge que detinha a guarda, conseguiam fazê-lo.

10. E foi nesse cenário que o referido voto desta Turma tomou proporção nacional, fazendo do então vigente art. 1.584, § 2º, do Código Civil, uma regra, e não apenas mais uma possibilidade a ser aplicada sob o talante do julgador.

11. No entanto, após esse julgamento, e do Recurso Especial 1.428.596/RS, também de minha relatoria, a jurisprudência do STJ, e igualmente desta Turma, começou a pendular entre a intransigente defesa da guarda compartilhada, mesmo sem consenso e a admissão de que, reconhecendo o Tribunal de origem, a inviabilidade de implantação da guarda compartilhada por falta de consenso, a matéria seria infensa à nova apreciação, por meio de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

12. Uma terceira linha também surgiu para, mesmo em sede de recurso especial, fixar a inviabilidade da guarda compartilhada quando o conflito entre os genitores/ascendentes fossem de significativa monta.

13. Exemplos desses posicionamentos, são, respectivamente: o Recurso Especial 1.560.594, o Recurso Especial 1.495.479 e o recurso especial 1.417.868/MG, que recebera as seguintes ementas:

Recurso especial. Direito de Família. Guarda compartilhada. Primazia sobre a guarda unilateral. Desavenças entre os cônjuges separados. Fato que não impede o compartilhamento da guarda. Exegese do art. 1.584, § 2º, do Código Civil. Doutrina sobre o tema. Análise das demais questões devolvidas. Retorno dos autos ao Tribunal de origem.

1. Primazia da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis n. 11.698/2008 e 13.058/2014.

2. Impossibilidade de se suprimir a guarda de um dos genitores com base apenas na existência de desavenças entre os cônjuges separados.

Precedentes e doutrina sobre o tema.

3. Necessidade de devolução dos autos à origem para que prossiga a análise do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista as limitações da cognição desta Corte Superior em matéria probatória.

4. *Recurso especial parcialmente provido.*

(REsp 1.560.594/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 23.2.2016, DJe 1.3.2016)

Agravo regimental no recurso especial. Família. Guarda compartilhada. Requerimento. Conjunto fático-probatório dos autos. Reexame. Súmula n. 7/STJ.

1. Inviável, em recurso especial, modificar o acórdão recorrido que, apreciando as peculiaridades fáticas da causa e o interesse do menor, concluiu pela improcedência do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista que a análise do tema demandaria o reexame de provas, o que é vedado, nos termos da Súmula n. 7/STJ.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.495.479/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 5.11.2015, DJe 16.11.2015)

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Família. Guarda compartilhada. Dissenso entre os pais. Possibilidade.

1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente).

2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um.

Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002).

3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 1.417.868/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 10.5.2016, DJe 10.6.2016)

14. Desgarrado do debate relativo à necessidade do consenso, de se destacar que esta Turma também apreciou a questão sob o melhor interesse do menor, frente a um obstáculo de ordem prática: a distância geográfica entre os ascendentes.

15. Nesse último sentido, cita-se recente julgado desta Turma (REsp 1.605.477/RS, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*), que recebeu a seguinte ementa:

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Família. Guarda compartilhada. Consenso. Desnecessidade. Limites geográficos. Implementação. Impossibilidade. Melhor interesse dos menores. Súmula n. 7/STJ.

1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores.

2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação.

3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes.

4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula n. 7 deste Tribunal.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.605.477/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21.6.2016, DJe 27.6.2016)

*II – O pedido de guarda compartilhada sem consenso, e a redação da Lei n. 13.058/2014*

16. Apesar das variações no posicionamento jurisprudencial desta Casa, a postura inicialmente tomada por esta Turma, no julgamento do REsp 1.251.000 foi posteriormente traduzida em lei (Lei n. 13.058/2014), que alterou, entre outros, o § 2º do art. 1.584 do Código Civil, que passou a ter a seguinte redação:

Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.



17. Da exposição de motivos dessa alteração legislativa, colhe-se a justificativa apresentada pelo Relator do anteprojeto:

Obviamente, para os casais que, sabiamente, conseguem separar as relações de parentesco “marido/esposa” da relação “Pai/Mãe”, tal Lei é totalmente desnecessária, portanto, jamais poderiam ter sido tais casais (ou ex-casais) o alvo da elaboração da lei vez que, por iniciativa própria, estes já compreendem a importância das figuras de Pai e Mãe na vida dos filhos, procurando prover seus rebentos com a presença de ambas. Ocorre que alguns magistrados e membros do ministério público, têm interpretado a expressão “sempre que possível” existente no inciso em pauta, como “sempre os genitores sem relacionem bem”. Ora nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado o tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade.

Mas, a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer da guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo assim, não o melhor interesse da criança, mas, os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada. Além disto, é comum encontrarmos casos onde uma medida cautelar de separação de corpos teve por principal objetivo a obtenção da guarda provisória do infante, para utilizá-lo como “arma” contra o ex-cônjuge, praticando-se assim, a tão odiosa Alienação Parental.

18. De se notar, do trecho pinçado, a preocupação do legislador com a efetividade da fixação da guarda compartilhada, que foi a mesma traduzida por esta Turma no julgamento do *leading case* citado: impedir que um dos ascendentes, normalmente aquele que já detém a guarda, mantenha uma situação de conflito para impedir a consecução do ideal perseguido da guarda compartilhada.

19. No entanto, apesar do evidente objetivo dos legisladores, fixado tão claramente no texto da Lei, como se pode observar da jurisprudência deste próprio STJ, coligida anteriormente, perdura ainda hoje o debate sobre a conveniência/possibilidade de se estatuir a guarda compartilhada na ausência de consenso – entenda-se: quando um dos ascendentes recusa a implantação da fórmula, no período pós-separação.

20. Repito então, ainda sem brandir diretamente o claro texto de lei, o que já venho afirmando desde o primeiro julgamento desta questão: *que esse empeco é, de regra, artificialmente criado por um dos ascendentes, normalmente por aquele que detém uma guarda unilateral provisória.*

21. E nesse cenário, que infelizmente é o usual, cria-se uma nefanda distorção em nome do superior interesse do menor:

22. Os julgadores, diante de um conflito exacerbado entre os genitores/ ascendentes, vislumbram que aquela situação conflitiva, perdurando no tempo e no espaço, poderá gerar uma situação de grave estresse para a criança/ adolescente e optam por recorrer à histórica fórmula da guarda unilateral, pois nela a criança/adolescente conseguirá “ter um tranquilo desenvolvimento”.

23. Ignora-se, contudo, nesse cenário que, primeiro: o “tranquilo desenvolvido” é, na verdade, um tranquilo desenvolvimento incompleto, social e psicologicamente falando, pois suprime do menor um ativo que é seu por direito: o convívio com ambos os ascendentes.

24. *Segundo: que o genitor/ascendente, que se bate contra a guarda compartilhada, salvo nas exceções que serão declinadas adiante, é aquele que, primariamente, vitupera o superior interesse do menor, seu filho.*

25. Essa conclusão é impactante, mas a outra não se pode chegar, pois salvo quando houver fundadas razões para se opor a que o antigo cônjuge/companheiro partilhe a guarda da prole comum, o ascendente que intransigentemente nega a seu filho um convívio mais íntimo com o outro ascendente, age dando primazia aos seus interesses, sem considerar a intuitiva e, cientificamente comprovada, necessidade do referencial binário para uma perfeita formação.

26. E assim, em um momento de fragilidade da prole advinda da ruptura conjugal de seus ascendentes, quer lhe crescer, às naturais agruras de uma separação, a ausência de contato com o outro ascendente e todas as vantagens, para a o desenvolvimento da criança e do adolescente, que daí adviriam.

27. Nessa toada, não subsiste, em um cenário de oposição à guarda compartilhada, frágeis argumentos unilaterais desprovidos de prova cabal, que dariam conta da inépcia (geralmente masculina) no trato da prole.

28. Se um genitor busca a guarda compartilha, despiciendo dizer que ele ama o filho e buscará, nos limites de suas capacidades, proporcionar a essa criança ou adolescente, o melhor que pode dar em termos de cuidado e amor.

29. Se assim o é, por que a continuidade, para quem não busca, prioritariamente, os superiores interesses da prole, da primazia sobre a escolha da guarda unilateral e, obviamente, daquele que deve exercê-la?

30. Respondendo a essas questões, e com o objetivo de se superar, definitivamente, esse artificial empecilho (falta de consenso), para além de tão somente se pugnar pela primazia da guarda compartilhada, o novel § 2º do art. 1.584, do Código Civil estatuiu que: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho (...) será aplicada a guarda compartilhada”.

31. O texto legal irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – *jure tantum* – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, *salvo se um dos genitores* [ascendentes] *declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor* (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC).

32. Por óbvio, como dita a cautela, essa regra não ignorou as situações da vida real, os problemas e dificuldades decorrentes da implantação da guarda compartilhada, mas apenas afirmou que ela deverá ser implantada.

33. O que se quer dizer com isso, é que os moldes em que o juízo de piso definirá, em caso de conflito insuperável entre os ascendentes, as bases da guarda compartilhada, obedecerá a princípios como o superior interesse do menor; o equilíbrio, sempre que possível, no tempo de convívio entre os pais; o parecer / orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, entre outros.

34. Esses elementos, isolados, ou ponderados em conjunto, definirão, não o tipo de guarda, que de regra deverá ser a compartilhada, mas a fórmula como ela ocorrerá, em uma situação específica.

35. Vale aqui o alerta, de que nessa definição, não devem os julgadores privilegiar o detentor de uma prévia guarda unilateral (provisória ou não) que se bate, sistematicamente, contra a concretização da guarda compartilhada.

36. Ao revés, deve se valer da possibilidade de reduzir as prerrogativas atribuídas ao detentor da guarda, em verdadeiro processo educativo, até que se amaine a irrazoável oposição, momento em que a relação (guarda compartilhada) poderá novamente ser equilibrada, sempre zelando pelo, e visando o bem-estar do menor.

37. Tampouco a preexistência de um convívio exclusivo ou majoritariamente predominante, entre o menor e apenas um de seus genitores, poderá ser usado como óbice à implantação da guarda compartilhada.

38. Com as cautelas que exigem o superior interesse do menor, que repito, é dado pela presunção *juris tantum* de que seja atendido pela guarda compartilhada, nessas hipóteses, ou em outras mais que se mostrem necessárias, poderá haver progressiva implantação do novo sistema de guarda.

39. É isso que se espera do Estado-Juiz na situação ora posta: *o não apaniguar de uma situação evidentemente injusta*, caracterizada pela circunstância de um dos ascendentes impedir, com o acirramento dos ânimos, ou subtração do menor, o lúdimo interesse do filho de conviver com o outro genitor/ascendente.

40. Note-se, por fim, que a guarda compartilhada poderá ser enjeitada de plano pelo juiz, quando for infirmada a presunção *juris tantum*, anteriormente fixada.

41. No entanto, o texto legal vincula, em interpretação *contrario sensu* do art. 1.584, § 2º, do CC, o afastamento dessa presunção apenas à hipótese de inaptidão para o exercício da guarda, por parte de um dos ascendentes, pleito que deverá ser pedido e provado previamente, ou mesmo incidentalmente, no curso da ação que pede a implantação da guarda compartilhada.

42. Fora desses estreitos lindes, impõe-se que prevaleça, tanto pela força impositiva do texto legal, quanto pelos evidentes benefícios para a crescente prole de ex-casais, a obrigação da guarda compartilhada.

43. Forte nessas razões, *dou provimento* ao recurso especial, para cassar o acórdão e determinar o retorno do processo ao juízo de piso para, diante de criteriosa avaliação psicossocial dos litigantes e do menor, estabelecer os termos da guarda compartilhada, calcado no disposto no art. 1.584, § 3º, do Código Civil.