



Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 774.963-RJ (2005/0137527-1)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro

Advogado: Francisco Cláudio de Almeida Santos e outro(s)

Recorrente: Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro

Advogado: Marcelo Pereira Carvalho e outro(s)

Recorrido: Cecília Marques de Souza

Advogado: Luiz Carlos da Silva Moras

EMENTA

Civil e Processual. Recursos especiais. Indenização. Erro médico. Primeiro recurso. Intempestividade. Súmula n. 418 do STJ. Segundo recurso. Cumulação de danos morais e estéticos. Possibilidade. Súmula n. 284 do STF. Súmula n. 387 do STJ. Responsabilidade do hospital pelos atos de sua equipe médica.

1. Nos termos da Súmula n. 418 do STJ, *“é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”*.

2. Inviável o recurso especial cujas razões não apontam ofensa a dispositivo de lei federal específico ou dissídio nos moldes legais e regimentais (Súmula n. 284-STF).

3. Consoante entendimento sedimentado no Verbete n. 387 do STJ, *“é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”*

4. A natureza da responsabilidade das instituições hospitalares por erros médicos deve ser examinada à luz da natureza do vínculo existente entre as referidas instituições e os profissionais a que se imputa o ato danoso.

5. Responde o hospital pelo ato culposo praticado por profissional de sua equipe médica, mesmo que sem vínculo empregatício com a instituição. A circunstância de os serviços médicos terem sido prestados gratuitamente, ou remunerados pelo SUS, não isenta o profissional e a instituição da responsabilidade civil por erro médico.

6. Recurso especial de Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro não conhecido e recurso especial de Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro não provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por maioria, não conheceu do recurso interposto por Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro e negou provimento ao recurso especial interposto por Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencido o Sr. Ministro Raul Araújo Filho que deu parcial provimento ao recurso especial da Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro, para reduzir a indenização quanto ao dano estético e moral. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Sustentou oralmente o Dr. Francisco Cláudio de Almeida Santos, pela parte recorrente: Luiz Fernando Pinho do Amaral.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 7.3.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro e Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro interpõem recursos especiais contra acórdão que recebeu a seguinte ementa (fl. 442):

Ação de indenização por danos morais, materiais e estéticos decorrentes de erro médico.

Responde o hospital pela imprudência do cirurgião, que, ao realizar cirurgia para retirada de tumor no ovário, veio a atingir o colo sigmóide da paciente, causando-lhe danos estéticos e morais.

Apelação a que se dá parcial provimento.

Opostos dois embargos de declaração por Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro, rejeitados ambos, os segundos com a imposição da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC (fls. 475 e 488).

Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro apresentam seu recurso especial às fls. 493-504.

Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro, por sua vez, recorre às fls. 565-582.

A instituição fundamenta seu recurso especial na ofensa do art. 14 do CPC, afirmando que sua responsabilidade é subjetiva, necessitando de apuração de culpa dos profissionais responsáveis por alegados erros médicos. Aponta dissídio.

Quanto à condenação por danos morais e estéticos, alega que não pode haver a dupla condenação, uma vez que o dano estético se subsume ao dano moral.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 557-559, em que se alega não conhecimento do recurso de Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro, por ausência de recolhimento da multa do art. 538 do CPC. Alega-se, ainda, incidência da Súmula n. 282 e n. 356 do STF e se postula a manutenção do julgado.

Juízo de admissibilidade positivo (fls. 598-604) para ambos os recursos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): De início, verifico que o recurso interposto por Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro não merece ser conhecido.

A petição de fls. 493-504 foi apresentada em 8.3.2005, antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, que ocorreu em 14.3.2005 (fl. 492).

Nestes termos, incide o Enunciado n. 418 da Súmula do STJ, que assim dispõe: *“É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.”*

Anoto que, para efeitos de ratificação, é imprestável a petição de fls. 593-594, eis que apresentada fora do prazo (somente em 1º.6.2005).

Quanto ao recurso especial interposto por Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro, duas são as teses defendidas: necessidade de apuração de culpa (responsabilidade subjetiva) e impossibilidade de cumulação de danos morais e estéticos.

Em relação à alegação de impossibilidade de condenação em danos morais e estéticos, tem-se que as razões do recurso especial não apontam ofensa a dispositivo de lei federal específico nem tampouco dissídio nos moldes legais e regimentais, notadamente no que toca ao necessário cotejo analítico entre julgados confrontados.

Incide, no ponto, a Súmula n. 284 do STF.

Não fosse o suficiente, os argumentos apresentados pelo recorrente sucumbem ao Verbete n. 387 da Súmula do STJ: *“É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”*

Quanto à questão da natureza da responsabilidade do hospital, alega-se que *“o ven. acórdão recorrido ofendeu o disposto no § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a necessidade da apuração de culpa dos profissionais responsáveis por alegados erros médicos, mesmo que a ação seja proposta em face do hospital”* (fl. 570). Sustenta a instituição de saúde ter responsabilidade subjetiva, subsidiária à dos médicos denunciados à lide.

De fato, o Tribunal de origem, ao solucionar a questão, assim se manifestou (fls. 443-445):

Gize-se, preliminarmente, que a relação entre o paciente e a casa de saúde é de consumo, sendo o hospital prestador de serviços ao paciente.

Aplica-se, assim, a regra do art. 14 do CDC, que consagra a responsabilidade objetiva, pouco importando, portanto, a prova da culpa ou não dos médicos.

Repete-se a norma legal:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Basta, portanto, para a caracterização da responsabilidade a prova do fato, ou seja, a prestação de serviços pelo hospital, o dano e o nexo de causalidade entre ambos.

Neste mesmo sentido, a sempre precisa lição do Des. Sérgio Cavalieri Filho (Programa de Responsabilidade Civil - 5ª. Ed. - 2004 - Ed Malheiros - p. 362):

Doutrina e jurisprudência tradicionalmente equadravam a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares no art. 1.521, IV, do Código Civil de 1916 (art. 932, IV, do novo Código), aquele que disciplinava a responsabilidade dos hotéis e das hospedarias. Sustentava-se que a instituição hospitalar, além da obrigação de curar, de dar tratamento médico ao paciente, assumia com ele uma obrigação de hospedagem da qual lhe resultava uma presunção de responsabilidade que a tornava responsável por tudo aquilo que viesse ocorrer ao paciente. Tenho para mim que essa fundamentação perdeu a sua razão de ser em face do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes.

No caso concreto, é incontroverso que a apelante veio a ter seu intestino lesionado quando da primeira cirurgia, advindo daí danos estéticos e morais, como se verá.

Não pode pairar, outrossim, dúvida quanto à responsabilidade do hospital pelos erros praticados por médicos que ali exercem sua atividade, pouco importando se ocasional ou permanente, se com ou sem vínculo empregatício.

Incide, a propósito, a norma do art. 1.521, III, CC 1916, vigente à época do evento:

Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

(...);

III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522).

Para a caracterização de tal responsabilidade, não há necessidade da prova do vínculo empregatício ou mesmo da estabilidade da prestação de serviços. Responde o hospital pelo erro do médico ainda que eventualmente ou apenas uma vez ali opere, havendo preposição também nesta hipótese.

Não se podem, tampouco, olvidar as velhas regras da culpa "*in eligendo*", respondendo o hospital por haver autorizado o médico a operar em suas dependências.

Saliente-se que a tese acatada pela sentença não foi objeto sequer de reivindicação pela ré. Ao contrário, em sua peça de bloqueio, em momento algum, pretendeu a ré afastar sua responsabilidade sob a alegação de que não responderia pelo erro cometido pelos médicos. E mais: admitiu tal preposição como se vê das seguintes passagens:

fls. 40: A contrário da alegada negligência da equipe médica que a operou, o que se vê no caso em questão é uma extrema dedicação de todos os médicos **do** aludido nosocômio no sentido de salvar a vida da autora (negrito meu).

E - fls.42:

Em razão desta eventualidade, a contestante provoca, formalmente, a denúncia da lide do Dr. Silvio Silva Fernandes, do Dr. Luiz Fernando Pinho do Amaral e da Dra. Maria Cristina Schmitz, **todos integrantes** da equipe médica da 28ª. Enfermaria do Hospital Geral da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro. (...). (negrito meu).

Em conclusão: responde o hospital pelo erro praticado pelo médico que ali operou a paciente, sendo a responsabilidade objetiva.

No caso entelado, verificando-se da prova pericial o nexo de causalidade entre a conduta dos cirurgiões que, quando da operação de extração do tumor do ovário, lesionaram o intestino da paciente, deve o hospital indenizar à consumidora os danos causados."

Vê-se, pois, que a Corte de origem entendeu pela responsabilidade objetiva do hospital, independentemente do tipo de relação entre a instituição e os médicos que promoveram a intervenção na paciente, ressaltando, todavia, que, no caso dos autos, os médicos causadores do dano são todos integrantes da equipe médica da recorrente, fato este incontroverso, extraído da própria contestação.

Com efeito, verifica-se da inicial que a autora foi internada nas dependências da recorrente e submetida à intervenção cirúrgica por recomendação de médico da própria Santa Casa da Misericórdia. A contestação não deixa dúvida a respeito do fato de que a equipe médica foi toda ela indicada pela instituição hospitalar. Não houve contratação de médico de confiança da paciente, o qual tivesse se servido apenas das instalações e serviços do hospital, hipótese em que a instituição hospitalar responderia objetivamente apenas pelos serviços e instalações de sua responsabilidade.

O acórdão está, pois, em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

“Recurso especial. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Erro médico. Negligência. Indenização. Recurso especial.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento.

Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.

No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.

4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido.

(REsp n. 908.359-SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 27.8.2008, DJe 17.12.2008).

Direito Civil. Responsabilidade do hospital por erro médico e por defeito no serviço. Súmula n. 7 do STJ. Violação dos arts. 334 e 335 do CPC. Não ocorrência. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Redimensionamento do valor fixado para pensão. Súmula n. 7 do STJ. Indenização por danos morais. Termo inicial de incidência da correção monetária. Data da decisão que fixou o valor da indenização.

1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: (i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, *caput*, do CDC); (ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano; (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

2. No caso em apreço, as instâncias ordinárias entenderam pela imputação de responsabilidade à instituição hospitalar com base em dupla causa: (a) a ausência de médico especializado na sala de parto apto a evitar ou estancar o quadro clínico da neonata - subitem (iii); e (b) a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, haja vista a ausência de vaga no CTI e a espera de mais de uma hora, agravando consideravelmente o estado da recém-nascida, evento encartado no subitem (i).

3. De fato, infirmar a decisão recorrida demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é defeso a este Tribunal, ante o óbice contido na Súmula n. 7 do STJ.

(...)

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido, apenas para determinar a incidência da correção monetária a partir da fixação do valor da indenização.

Sucumbência mínima da recorrida, razão pela qual se preserva a condenação aos ônus sucumbenciais fixada pelo Tribunal.

(REsp n. 1.145.728-MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.6.2011, DJe 8.9.2011).

No caso, o acórdão recorrido afirmou não ter havido falha na prestação de serviços hospitalares, mas ato culposo dos médicos que realizaram a cirurgia (fl. 446):

No caso entelado, verificando-se da prova pericial o nexo de causalidade entre a conduta dos cirurgiões que, quando da operação de extração do tumor do ovário, lesionaram o intestino da paciente, deve o hospital indenizar à consumidora os danos causados.

Atente-se que não se vislumbra no aqui afirmado qualquer contradição com o consignado no laudo pericial às fls. 369 ao declarar que “não se verifica qualquer falha ou omissão decorrente dos serviços hospitalares prestados pela Unidade de saúde ora Ré”, estando o experto, evidentemente, referindo-se aos serviços hospitalares próprios e não os médicos.

A alegada circunstância de os profissionais causadores do dano não terem vínculo de emprego com a instituição hospitalar não exime o hospital de responder pelo ato médico culposo, na medida em que os profissionais foram escolhidos pelo hospital para realizar o ato cirúrgico.

Igualmente não afasta a responsabilidade civil, podendo eventualmente interferir apenas na gradação do valor da indenização por dano moral, a circunstância, alegada pela recorrente e também pelo denunciado à lide, de o procedimento cirúrgico ter-se dado gratuitamente.

Não é certo que os serviços tenham sido prestados gratuitamente. Alega a recorrida, na inicial, ter sido atendida no âmbito do SUS. De qualquer forma, a responsabilidade civil pela correção dos atos médicos não depende da remuneração pelos serviços.

Por outro lado, os parâmetros para o estabelecimento do valor da indenização por dano moral não foram objeto de discussão no recurso especial.

Em face do exposto, não conheço do recurso interposto por Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro e nego provimento ao recurso especial interposto por Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, pedindo vênia ao eminente Ministro *Raul Araújo*, acompanho o voto da Relatora.

RECURSO ESPECIAL N. 964.489-RS (2007/0150797-3)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: M J dos S P

Advogado: Elton Fernandes Penna e outro(s)

Recorrido: D P M

Advogado: Maria Luiza Pereira de Almeida

EMENTA

Processual Civil. Direito Civil. União estável homoafetiva. Equiparação à união estável heteroafetiva. Juízo competente. Vara de família. Legislação aplicável. Emprego da analogia.

1. O Juízo da Vara de Família é competente para dirimir as questões relativas à união estável homoafetiva, diante da aplicação isonômica da legislação que regula a união estável.

2. Aplica-se às relações estáveis homoafetivas, por analogia, a legislação atinente às relações estáveis heteroafetivas, tendo em vista a caracterização dessa relação como modelo de entidade familiar (STF, ADI n. 4.277-DF, Relator Ministro Ayres Britto, DJe 5.5.2011).

3. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco

Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de março de 2013 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 20.3.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da CF, contra acórdão do TJRS assim ementado (e-STJ fl. 131):

Apelação. União estável entre duas pessoas do mesmo sexo. Competência. Locação de parte do imóvel que servia de morada comum. Descabimento.

A competência para processar e julgar ações que visam o reconhecimento de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo é das Varas e Câmaras especializadas em Direito de Família. Precedentes jurisprudenciais.

A locação de parte do imóvel que servia de morada comum é descabida. Ainda que existam entradas distintas, só há uma taxa condominial, uma conta de luz e uma conta de água. Logo, a locação só irá causar mais problemas entre as partes, que já estão em profundo litígio.

Ademais, e talvez o mais importante, o agravado motiva seu pedido na necessidade de “minorar seus gastos”. Contudo, até agora, há fortes indícios de que o agravado tem recursos suficientes a demonstrar que não tem a menor necessidade de receber valores pela locação de apenas parte de um imóvel.”

Rejeitaram a preliminar. No mérito, deram provimento.

Os embargos de declaração opostos ao recurso de apelação foram rejeitados (e-STJ fls. 156-157).

O recorrente aduz divergência jurisprudencial e violação dos arts. 1.723 do CC/2002, 1º e 9º da Lei n. 9.278/1996, diante da incompetência da Vara de Família para processar e julgar ação de reconhecimento de união estável homoafetiva (e-STJ fls. 174-195).

Os recorridos não apresentaram contrarrazões (e-STJ fl. 216).

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 246-250).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Conheço do recurso especial pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em razão do prequestionamento dos dispositivos legais tidos por violados e da demonstração da divergência, nos moldes preconizados pelo RISTJ.

A controvérsia apresentada no recurso em exame gira em torno da fixação da competência para processar e julgar a ação de reconhecimento de união estável homoafetiva.

A Lei n. 9.278/1996, ao dispor sobre a competência para o processamento das ações concernentes à união estável, estabelece:

Art. 9º Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

A abalizada doutrina adverte que o Código Civil de 2002 encampou todas as questões disciplinadas nas Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996, inclusive no que concerne à fixação da competência, e o tema relativo à união estável foi incluído no livro do direito de família, por força da disposição encartada no art. 226, § 3º, da CF (Milton Paulo de Carvalho Filho. *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*. Coordenador Cezar Peluso. 6. ed. rev. e atual. Barueri-SP: Manole, 2012, p. 1.723).

O art. 1.723 do CC/2002, ao estabelecer os critérios para o reconhecimento da união estável heteroafetiva, dispõe:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Nesse contexto, a plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, assentada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 4.277-DF, Relator Ministro *Ayres Britto*, DJe 5.5.2011, mormente no que se refere à caracterização daquela relação como legítimo modelo de entidade familiar, impõe a aplicação, ao presente caso, por analogia, da legislação atinente às relações heteroafetivas.

Esta Corte, ao analisar a extensão da legislação e das prerrogativas da união estável heteroafetiva às relações estáveis homoafetivas, concluiu pela aplicação imediata do arcabouço normativo e dos respectivos privilégios, consoante se infere dos seguintes julgados:

Civil. Processual Civil. Recurso especial. União homoafetiva. Pedido de adoção unilateral. Possibilidade. Análise sobre a existência de vantagens para a adotanda.

I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.

II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistia um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

III. *A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI n. 4.277-DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.*

IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando”.

VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas “(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo”. (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi *in*: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 75-76).

VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em *status* jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral.

Recurso especial *não provido*.

(REsp n. 1.281.093-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18.12.2012, DJe 4.2.2013 - grifei).

Direito de Família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132-RJ e da ADI n. 4.277-DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132-RJ e da ADI n. 4.277-DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário

final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. *O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.*

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a “especial proteção do Estado”, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que

pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.183.378-RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25.10.2011, DJe 1º.2.2012 - grifei).

A Quarta Turma desta Corte, no julgamento de hipótese análoga à dos presentes autos, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

Civil. Relação homossexual. União estável. Reconhecimento. Emprego da analogia.

1. “A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas”.

2. *É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido.*

3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo.

4. *A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.*

5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual.

6. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 827.962-RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 21.6.2011, DJe 8.8.2011 - grifei).

Em tal circunstância, o Juízo da Vara de Família é competente para dirimir as questões relativas à união estável homoafetiva, diante da aplicação isonômica da legislação que regula a união estável.

Em face do exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.095.762-SP (2008/0215461-5)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Geni Maria Quirino do Prado

Advogado: Alexandre Fontana Berto e outro(s)

Recorrido: Vera Cruz Seguradora S/A

Advogado: Homero Stabeline Minhoto e outro(s)

Recorrido: Clube de Campo Catanduva

Advogado: Fábio Andrade Ribeiro e outro(s)

EMENTA

Direito Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Legitimidade da genitora para o ajuizamento de ação indenizatória de danos morais por morte de filho maior e com família constituída. Núcleo familiar inextinguível formado por ascendentes e seus filhos. Violação ao art. 535 do CPC não configurada.

1. Inexiste violação ao arts. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte quando os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. A Quarta Turma desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.076.160-AM (publicado no DJ de 21.6.2012), ressaltando expressamente eventuais particularidades

de casos concretos, concluiu que a regra mais consentânea com o ordenamento jurídico pátrio é a de que a legitimidade para propositura de ação indenizatória por dano moral em razão de morte deve alinhar-se, *mutatis mutandis*, à ordem de vocação hereditária, com as devidas adaptações. Interpretação sistemática e teleológica dos arts. 12 e 948, inciso I, do Código Civil de 2002; art. 63 do Código de Processo Penal e art. 76 do Código Civil de 1916.

3. Consoante a ordem de vocação hereditária, os ascendentes somente têm seus direitos sucessórios reconhecidos na hipótese de inexistência de descendentes (art. 1.829 do CC), o que poderia levar à ideia de sua ilegitimidade ativa *ad causam* para a demanda que visa à percepção de indenização por danos morais em razão do óbito de filho com família constituída.

4. Não obstante a formação de um novo grupo familiar com o casamento e a concepção de filhos, o poderoso laço afetivo que une mãe e filho não se extingue, de modo que o que se observa é a coexistência de dois núcleos familiares, em que o filho é seu elemento interseccional, sendo correto afirmar que os ascendentes e sua prole integram um núcleo familiar inextinguível para fins de demanda indenizatória por morte. Assim, tem-se um núcleo familiar em sentido estrito, constituído pela família imediata formada com a contração do matrimônio, e um núcleo familiar em sentido amplo, de que fazem parte os ascendentes e seu filho, o qual desponta como elemento comum e agregador dessas células familiares.

5. Nessa linha de intelecção, os ascendentes têm legitimidade para a demanda indenizatória por morte da sua prole ainda quando esta já tenha constituído o seu grupo familiar imediato, o que deve ser balizado apenas pelo valor global da indenização devida, ou seja, pela limitação quantitativa da indenização.

6. No caso concreto, constata-se que o falecido era casado e deixou descendentes que receberam extrajudicialmente, a título de compensação por danos morais, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o qual, diga-se de passagem, mostra-se deveras inferior ao que normalmente é concedido em Juízo, apontando para a existência de um valor residual apto a compensar a recorrente pelos danos morais sofridos com o falecimento de seu filho.

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 11.3.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Geni Maria Quirino do Prado ajuizou demanda objetivando a percepção de indenização por dano moral decorrente da morte de seu filho nas dependências do Clube de Campo Catanduva (fls. 4-10).

Sobreveio sentença de extinção do processo principal por ilegitimidade ativa *ad causam* e de extinção da lide secundária oferecida pelo réu em face de Vera Cruz Seguradora S/A (fls. 303-309).

O Tribunal Estadual negou provimento ao recurso de apelação, nos seguintes termos (fls. 361-367):

Indenização por danos morais. Ilegitimidade ativa acolhida. Pedido pleiteado por mãe da vítima que veio a falecer. Transação firmada entre a viúva e filhos, com o requerido, para o pagamento de indenização, mediante seguradora, com plena quitação. Indenização que deve atender aqueles que estão diretamente ligados e na dependência da vítima. Recurso improvido.

Opostos embargos declaratórios (fls. 370-371), foram rejeitados (fls. 374-378).

Nas razões do recurso especial interposto com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, foi alegada violação aos arts. 535 do CPC e 159 do CC de 1916, bem como dissídio jurisprudencial (fls. 381-398).

Em suma, sustentou a recorrente que, independentemente da dependência econômica entre mãe e filho, assistir-lhe-ia o direito à indenização por dano

moral decorrente da morte deste, uma vez que o que se visa a compensar é o sofrimento e a dor pela perda de um ente querido, o que remanesce ainda após a constituição de família por seu descendente.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 426-437), pugnando a inadmissibilidade recursal em virtude da incidência da Súmula n. 7 do STJ e da falta de demonstração da similaridade entre os casos confrontados. No mérito, sustentou que a transação firmada entre a recorrida e a viúva e filhos do falecido seria fator decisivo para a manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Preliminarmente, não se verifica a alegada violação do art. 535 do CPC, uma vez que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos.

Da mera leitura do recurso de apelação interposto e do voto condutor do acórdão recorrido, ressalta a ausência dos vícios ensejadores da oposição de embargos declaratórios, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A presente controvérsia cinge-se à questão da legitimidade da genitora de vítima fatal para pleitear indenização por danos morais, na hipótese em que o cônjuge e os filhos do *de cujus* antes já receberam, extrajudicialmente, indenização no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

4. A problemática questão acerca da legitimidade para a propositura de ação indenizatória em razão da morte de pessoas queridas transitou por esta Quarta Turma, de forma bastante refletida, em precedente de minha relatoria, no qual se discutia a legitimidade do noivo para pleitear indenização em razão da morte da falecida nubente (REsp n. 1.076.160-AM).

Naquele caso, buscou-se estabelecer uma regra geral para aferição da legitimidade em ações dessa natureza, sem afastar a possibilidade de sua mitigação em situações peculiares.

De fato, conceder legitimidade ampla e irrestrita a todos aqueles que, de alguma forma, suportaram a dor da perda de alguém – como diversas pessoas

que se encontram fora do núcleo familiar da vítima –, significa impor ao obrigado um dever também ilimitado de reparar o dano - cuja extensão será sempre desproporcional ao ato causador.

Assim, de tudo o que se debateu naquela ocasião, foi acolhida a tese segundo a qual “como regra - ficando expressamente ressalvadas eventuais particularidades de casos concretos -, a legitimação para a propositura de ação de indenização por dano moral em razão de morte deve alinhar-se, *mutatis mutandis*, à ordem de vocação hereditária, com as devidas adaptações”.

De fato, a ausência de disposição legislativa no ordenamento brasileiro instituindo regra expressa sobre o tema conferiu à jurisprudência e à doutrina o mister de dizer a quem é dado pleitear indenização por dano moral em razão de falecimento.

5. Por isso que, a propósito do presente caso, em que a mãe do *de cujus* pretende reparação pelo mesmo fato que deu azo à percepção de indenização por dano moral pela esposa e filhos, convém, uma vez mais, proceder à detida reflexão sobre o tema.

Adaptando o raciocínio antes expandido para o caso ora em exame, verifica-se que, conquanto a recorrente (mãe) esteja na ordem de vocação hereditária, existem parentes mais próximos vocacionados a herdar em primeiro lugar (e que inclusive receberam indenização e deram quitação), o que poderia, à primeira vista, afastar sua legitimidade para o pleito indenizatório.

Ocorre que, não obstante a formação de um novo grupo familiar com o casamento e a concepção de filhos, o poderoso laço afetivo que une mãe e filho jamais se extingue, de modo que o que se observa é a coexistência de dois núcleos familiares, em que o filho é seu elemento interseccional, sendo correto afirmar que os ascendentes e sua prole integram um núcleo familiar inextinguível para fins de demanda indenizatória por morte.

Assim, tem-se um núcleo familiar em sentido estrito, constituído pela família imediata formada com a contração do matrimônio, e um núcleo familiar em sentido amplo, de que fazem parte os ascendentes e seu filho, o qual desponta como elemento comum e agregador dessas células familiares.

Nessa linha de intelecção, em regra os ascendentes têm legitimidade para a demanda indenizatória por morte da sua prole, ainda quando esta já tenha constituído o seu grupo familiar imediato, o que deve ser balizado apenas

pelo valor global da indenização devida, ou seja, pela limitação quantitativa do montante indenizatório.

Com efeito, em primoroso voto vista no referido julgamento do REsp n. 1.076.160-AM, a eminente Ministra Isabel Gallotti fez expressa reserva quanto a casos como o dos autos:

Penso, assim como o Relator, que não deve ser admitida a legitimidade ativa de pessoas que não tenham vínculo conjugal ou de parentesco compreendido no rol de legitimados à sucessão, mesmo que aleguem a condição de noivo (ou seja, de futuro companheiro), amigos íntimos ou fã, sob pena de pulverizar o direito de indenização dos entes mais próximos ou de tornar excessivamente onerosa a reparação do dano. Ressalvo, todavia, hipóteses excepcionais, não cogitadas no caso em exame, de pessoas que, na vida da vítima, exerciam o papel equiparado ao de descendente, ascendente ou cônjuge. Sendo alegada esta peculiar circunstância de fato, não se justificará a extinção do processo sem julgamento do mérito, devendo, em caso de controvérsia, ser dirimida após a instrução da causa.

Registro, ainda, que, ao contrário da disciplina legal para o caso de sucessão, não considero aplicável a ordem de vocação hereditária para o efeito de excluir o direito de indenização dos ascendentes quando também postulado por cônjuge e filhos. É sabido que não há dor maior do que a perda de um filho, porque foge à ordem natural das coisas.

6. Não obstante seja princípio inafastável a indenizabilidade plena do prejuízo de qualquer natureza, no particular relativo ao dano moral, essa regra deve necessariamente ser analisada pela ótica da equidade, pela singela razão de que a dor, o sofrimento ou a angústia experimentados por alguém não têm jamais condições de ser reparados de forma precisa. Se o abalo moral é algo subjetivo, certamente sua compensação não pode ser objetivamente dimensionada com exatidão.

Porém, nem por isso o STJ se furtou de buscar, na medida do possível, critérios razoavelmente objetivos para liquidar o dano moral, não com a finalidade de tarifar a compensação pelo abalo, mas para buscar soluções equânimes, na medida em que situações assemelhadas devem ser solucionadas de forma também semelhante.

Com efeito, a limitação do valor da indenização propugnada em diversos precedentes - no caso de morte, os conhecidos quinhentos salários mínimos (REsp n. 163.484-RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 20.8.1998; REsp n. 293.260-SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho

Junior, Quarta Turma, julgado em 22.3.2001; REsp n. 331.295-SP, *Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma*, julgado em 16.10.2001, dentre outros que consolidaram esse parâmetro -, na verdade, harmoniza o princípio da indenizabilidade plena com a exigência de se proceder sempre com equidade no arbitramento de indenizações por danos que, em essência, não possuem conteúdo econômico.

Por ocasião do julgamento do REsp n. 1.127.913-RS, tive a oportunidade de externar entendimento no sentido de que o princípio da indenizabilidade plena não pode significar que o causador do dano esteja obrigado à compensação ilimitada e irrestrita, mostrando-se justa e equânime a adoção de padrões limitativos do valor das condenações por danos morais.

Se, de um lado, pode ser imensurável a dor sofrida com a perda de um ente querido - diria mesmo ilimitada, no íntimo de quem a experimenta -, por outro, a obrigação de indenizá-la deve se sujeitar a limites ancorados na equidade.

Àquela ocasião, defendi que o direito à indenização plena dos danos morais, embora amparado em normas constitucionais, assim como outros direitos fundamentais, não é absoluto, podendo ser ponderado com outros de igual grandeza, como a proporcionalidade e a razoabilidade.

O art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002 traz regra que minimiza a indenização a ser paga pelo causador do dano, mitigando, em alguma medida, o princípio da integral reparação mediante a instituição de um balizador para o juízo de ponderação pautado na proporcionalidade e na equidade.

O mencionado artigo ostenta a seguinte redação:

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

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

A meu juízo, encontra-se subjacente a essa regra uma outra principiologia que, a par de reconhecer o direito à integral reparação, ameniza-o em havendo um dano irracional que escapa dos efeitos que se esperam do ato causador.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em obra doutrinária, bem elucida os fundamentos do artigo ora em análise, como sendo uma erupção tópica no princípio da integral reparação, voltada à correção de injustiças do caso concreto, com base nas regras de sobredireito alusivas à proporcionalidade e à equidade,

para que a obrigação de indenizar, em hipóteses limítrofes, não signifique um “inferno de severidade”:

Estabelece-se no parágrafo único do art. 944 do CC/2002 a possibilidade de redução equitativa das indenizações em geral, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão do dano.

A aplicação irrestrita do princípio da reparação plena do dano pode representar, em algumas situações, para o causador do evento danoso, conforme a aguda crítica de Geneviève Viney, um autêntico inferno de severidade (*enfer de severité*). Se, na perspectiva da vítima, as vantagens da consagração irrestrita do princípio são evidentes, na do agente causador do dano, a sua adoção plena e absoluta pode constituir um exagero, conduzindo à sua ruína econômica em função de um ato descuidado praticado em um momento infeliz de sua vida.

[...]

O fundamento da redução é a equidade, que, embora seja uma noção “um tanto quanto incerta e equívoca” em relação à noção de justiça, pode ser caracterizada, em linhas gerais, consoante a lição de François Gèny, como um instrumento de “adaptação da ideia de justiça aos fatos, a consideração das circunstâncias individuais, tendo em conta as ideias gerais, modelando-as em conformidade com os elementos concretos”. Em outras palavras, pode ser também considerada, na dicção de Francisco dos Santos Amaral Neto, como “um critério orientador da regra adequada à solução de um problema concreto, corrigindo eventualmente um texto legal excessivamente rigoroso ou limitado, ou integrando-o, se incompleto”. Tércio Sampaio Ferraz Jr. explica que a equidade não se opõe à ideia de justiça, mas “a completa, a torna plena”.

[...]

Assim, a equidade, na sua concepção aristotélica, acolhida pelo direito brasileiro na norma de redução em questão [art. 944, parágrafo único, Código Civil], não é fundamento para se afastar o direito positivo e se fazer livremente a justiça do caso concreto. Ela aparece, na realidade, como um corretivo da justiça comutativa geral, tendo por finalidade permitir ao juiz, atendendo às particularidades do caso em julgamento, atenuar a rigidez da norma abstrata e dar uma solução concreta mais equitativa. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84-93).

De fato, o sistema de responsabilidade civil atual rechaça indenizações ilimitadas que alcançam valores que, a pretexto de reparar integralmente vítimas de ato ilícito, revelam nítida desproporção entre a conduta do agente e os resultados ordinariamente dela esperados.

E, observada a máxima vênia, penso que esse exagero e desproporção da indenização estariam presentes caso não houvesse uma limitação quantitativa da condenação, globalmente considerada.

7. Retomando o raciocínio para o caso concreto, constata-se que o falecido era casado e deixou descendentes, que receberam, a título de compensação por danos morais mediante acordo extrajudicial, o valor global de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), inferior ao que normalmente é concedido na via judicial, apontando para a existência de valor residual apto a compensar a recorrente pelos danos morais sofridos com o falecimento de seu filho.

8. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* da recorrente, determinando o retorno dos autos à instância de origem para o prosseguimento do feito.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.097.582-MS (2008/0237143-0)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Tim Celular S/A

Advogados: Marilena Freitas Silvestre e outro(s)

Jean Carlos Silva Medeiros e outro(s)

Vânia Ifran Sandim e outro(s)

Recorrido: E M A Transporte Ltda. - microempresa

Advogado: Orlando Ducci Neto e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de rescisão de contrato de prestação de serviços de telefonia móvel e de comodato de aparelhos celulares. Exclusão de multa por inobservância do prazo de carência. Sentença de improcedência. Acolhimento do pleito recursal da autora pela Corte *a quo*. Reconhecimento, no aresto estadual, de nulidade da cláusula de “*fidelização*”, por configurar “*venda casada*”.

Insurgência da concessionária de telefonia.

1. Contratação simultânea de prestação de serviços de telefonia móvel e de “comodato” de aparelhos celulares, com cláusula de “fidelização”. Previsão de permanência mínima que, em si, não encerra “venda casada”.

2. Não caracteriza a prática vedada pelo art. 39, inc. I, do CDC, a previsão de prazo de permanência mínima (“fidelização”) em contrato de telefonia móvel e de “comodato”, contanto que, em contrapartida, haja a concessão de efetivos benefícios ao consumidor (*v.g.* custo reduzido para realização de chamadas, abono em ligações de longa distância, baixo custo de envio de “short message service - SMS”, dentre outras), bem como a opção de aquisição de aparelhos celulares da própria concessionária, sem vinculação a qualquer prazo de carência, ou de outra operadora, ou mesmo de empresa especializada na venda de eletroportáteis.

3. Superado o fundamento jurídico do acórdão recorrido, cabe a esta Corte Superior de Justiça julgar a causa, aplicando o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456-STF.

4. Em que pese ser possível a fixação de prazo mínimo de permanência, na hipótese dos autos, o contrato de “comodato” de estações móveis entabulado entre as partes estabeleceu a vigência por 24 (vinte e quatro) meses, distanciando-se das determinações regulamentares da Anatel (Norma Geral de Telecomunicações n. 23/96 e Resolução n. 477/2007), de ordem a tornar tal estipulação, inequivocamente, abusiva, haja vista atentar contra a liberdade de escolha do consumidor, direito básico deste.

5. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de março de 2013 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 8.4.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Trata-se de recurso especial, interposto por *Tim Celular S/A*, fundamentado no artigo 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, no intuito de reformar o acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Na origem, *E. M. A. Transporte Ltda. – microempresa* moveu ação de rescisão de contrato c.c. indenização por danos morais, em face de *Tim Celular S/A*, em que objetivou, em suma, a rescisão dos contratos de prestação de serviços e contrato de comodato de titularidade da autora, sem a incidência de multa por quebra de “fidelização”, haja vista a abusividade da vinculação do contrato ao chamado “período de carência”.

Expôs a autora, em sua peça exordial, que, em 29.1.2005, celebrou com a empresa de Telefonia os contratos de prestação de serviços de telefonia móvel e de comodato de nove aparelhos celulares, celebrados por prazo indeterminado, com possibilidade de rescisão a qualquer tempo, desde que observado, no primeiro, o prazo mínimo de carência de doze meses, e, no segundo, o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, sob pena de multa (proporcional). Afirmou que, quando da contratação, acreditava que o prazo de permanência mínima seria de doze meses, para ambos os contratos. Anotou que, decorrido pouco mais de doze meses da contratação (em fevereiro de 2006), insatisfeita com os serviços prestados, tentou rescindir os retrocitados contratos, ocasião em que obteve a informação de que, em relação ao contrato de comodato, ainda no período de carência, a rescisão conduziria a duas situações, quais sejam: *a*) pagamento da multa (correspondente ao valor constante da nota fiscal dos aparelhos, dividido por vinte e quatro, e multiplicado pelo número de meses restantes para o fim da vigência do contrato em virtude da rescisão contratual), hipótese em que não adquiriria a propriedade dos aparelhos celulares; ou *b*) aquisição dos aparelhos celulares, mediante o pagamento proporcional ao prazo que faltava para encerrar o contrato de comodato. Aduziu ter escolhido a segunda opção, porém, ainda

assim, a empresa de telefonia foi renitente em enviar os respectivos boletos, com a cobrança da aludida sanção. Ao final, requereu a rescisão do contrato de comodato, sem incidência de multa, já que o contrato de prestação de serviço de telefonia móvel a ele atrelado previa o prazo de carência de doze meses, devidamente observado.

O r. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS, ao final, entendeu por bem julgar improcedentes os pedidos delineados na inicial, sob o fundamento de que o prazo estabelecido no contrato de comodato consiste, na verdade, em prazo fixado para o pagamento do aparelho pelo usuário, não se tratando, portanto, de “fidelização”. O r. Juízo *a quo* reputou, ainda, contraditória a postura da autora, pois, a despeito de ter admitido que escolheu o pagamento da multa, requereu, ao final, a rescisão do contrato, sem o pagamento de qualquer valor, a título de multa (fls. 100-105).

Irresignada, *E M A Transporte Ltda.* – *microempresa* apresentou recurso de apelação, ao qual o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul conferiu parcial provimento, em acórdão assim ementado:

Apelação cível. Rescisão contratual cumulada com danos morais. Ofensa ao princípio da dialeticidade. Preliminar rejeitada. Recusa de rescisão de contrato sem o pagamento da cláusula de fidelidade. Ilegalidade. Cláusula abusiva. Caracterização da venda casada. Nulidade reconhecida. Danos morais. Pessoa jurídica. Ofensa à honra objetiva. Não configurados. Rescisão do contrato. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido.

Se a parte motiva suas razões recursais em conformidade com os fatos e fundamentos dispostos na inicial e na sentença, verifica-se que inexistente ofensa ao princípio da dialeticidade.

É nula, nos termos do art. 39, inc. I, do CDC, a cláusula de fidelidade, que impõe a cobrança de multa para a rescisão do contrato antes do término do prazo contratado. No caso, ocorre a chamada “venda casada”, porquanto condiciona o fornecimento de um produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço.

A cláusula de fidelidade acarreta onerosidade excessiva ao consumidor, que fica obrigado a manter-se fiel à operadora, mesmo que o serviço não esteja sendo prestado a contento.

A simples cobrança da multa contratual, decorrente da cláusula de fidelização, que posteriormente reputa-se como ilegal, não tem o condão de caracterizar danos morais, porquanto embora seja uma conduta reprovável, não atingiu o bom nome, a reputação ou a imagem da apelante, ou seja, sua honra objetiva.

Reconhecida a parcial procedência dos pedidos deduzidos, configurada se mostra a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.

Em suas razões de recurso especial, a recorrente *Tim Celular S.A.* aponta, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos artigos 408, 409 e 416 do Código Civil. Sustenta, em síntese, que a cláusula do contrato de comodato que prevê multa proporcional, na hipótese de não observância do prazo de carência de dois anos, não consubstancia qualquer prática abusiva, notadamente a denominada “venda casada”. Afirma tratar-se, tão-somente, de cláusula penal decorrente da não observância, por parte da recorrida, do prazo de vigência estabelecido consensualmente pelos contratantes quando firmaram o instrumento particular de comodato, livres de qualquer vício de consentimento. Ressalta, assim, que a referida cláusula penal tem por escopo evitar que a parte se locuplete, indevidamente, do considerável desconto obtido quando da aquisição do aparelho dado sob a condição de observar o prazo de carência. Alega, também, que, da narrativa exposta na inicial, conclui-se que a recorrida apenas se insurge contra a proporcionalidade do valor cobrado, e não, propriamente, contra a legalidade da cobrança. Por fim, suscita a existência de dissenso pretoriano (fls. 153-158).

E. M. A. Transporte Ltda. - microempresa apresentou contrarrazões às fls. 165-168.

Após decisão de admissão do recurso especial, em razão do provimento do Agravo de Instrumento n. 1.055.594-MS, de relatoria do Ministro Castro Meira, DJe de 21.8.2008 (fl. 177), os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O reclamo não merece provimento.

1. Conforme já relatado, a controvérsia em exame cinge-se em aferir a caracterização ou não de abusividade em cláusula contratual de prestação de serviços de telefonia móvel, com previsão de duração por prazo mínimo (“fidelização” de 12 meses), cujo descumprimento enseja a imposição de multa; bem como se a mencionada estipulação caracteriza “venda casada”, tendo em

vista a existência paralela de ajuste de comodato de 09 (nove) aparelhos celulares, com prazo de carência de 24 (vinte e quatro) meses, cuja rescisão antecipada implicaria na incidência de sanção idêntica.

A insurgência deve ser desprovida, por fundamento diverso, uma vez que, a despeito de a contratação simultânea de serviços de telefonia móvel e de comodato com prazos de carência mínima não constituir “*venda casada*” (art. 39, I, do CDC), inegável a constatação de prática abusiva quanto à fixação de lapso de fidelização superior a 12 meses para o segundo ajuste (comodato), haja vista afrontar as normas regulamentares da Anatel e a própria razoabilidade, além de não permitir ao consumidor a exata distinção entre o termo de um ou outro contrato.

Primeiramente, cumpre asseverar que as instâncias ordinárias entenderam de forma uníssona que a relação jurídica estabelecida entre as partes encontra-se regulada pela legislação consumerista, e não houve insurgência por parte da concessionária de telefonia sobre a aludida qualificação, razão pela qual a questão submetida a esta Corte será analisada em observância aos ditames da Lei n. 8.078/1990.

Observa-se que a Corte Estadual, ao reformar a sentença de improcedência, considerou abusiva a “*cláusula de fidelidade*”, por impor a cobrança de multa no caso de rescisão contratual antes do término do prazo de carência.

O aresto impugnado enfatizou, também, que o ajuste entabulado entre os contendores, por via transversa, implicou no condicionamento de fornecimento de um produto (aparelhos celulares) à disponibilização do serviço de telefonia móvel, configurando, assim, a prática abusiva vedada pelo artigo 39, I, do Código de Defesa do Consumidor (denominada “*venda casada*”).

Não obstante, consoante acima exposto, a previsão de um prazo de permanência contratual mínima, inserto em cada um dos mencionados ajustes, não encerra em si qualquer abusividade, desde que tenha como razão de ser a concessão de benefícios ao consumidor como contrapartida.

Desse modo, no caso do contrato de prestação de serviços de telefonia móvel, a vinculação do consumidor a um prazo mínimo é legítima sempre que este obtiver, durante a vigência desse período, vantagem pecuniária decorrente da cobrança de valores reduzidos (em comparação ao consumidor que contrata os mesmos serviços, sem, entretanto, vincular-se à cláusula de fidelidade).

Já no que tange ao comodato dos aparelhos celulares habilitados para uso naquelas mesmas linhas telefônicas, igualmente, o prazo de carência reverte-

se em benefício ao consumidor, na medida em que permite, por parte deste, adquirir determinado terminal móvel por preço substancialmente inferior ao de mercado, subsidiado, portanto, pela empresa de telefonia.

Sobressai, em ambos os casos, o sinalagma da avença, caracterizado pela reciprocidade e aparente proporcionalidade das prestações impostas às partes contratantes, não se antevendo, a partir da fixação de um prazo de carência, por si só, prática não admitida pela legislação de regência.

De outro lado, deve-se afastar a compreensão de que o consumidor, ao celebrar tais contratos, adquire gratuitamente os aparelhos celulares. Na realidade, a oferta de custo reduzido leva em conta a “fidelização” do cliente à operadora, e enquanto não transcorrido o prazo de carência, a relação jurídica estabelecida entre as partes rege-se pelas disposições relativas ao empréstimo de bem infungível (denominado de comodato).

É um comodato *sui generis*, porquanto é um empréstimo em seu estágio inicial, mas, ao final, opera a transmissão da propriedade dos terminais móveis, a partir do transcurso do lapso de permanência, ou ainda mediante o rompimento antecipado do ajuste, caso em que se estipula o pagamento de multa.

Assim, o consumidor, ao estabelecer os contratos em tela com a empresa de telefonia móvel recorrente, teve por desiderato auferir as vantagens anunciadas por esta, consistentes em planos com custos reduzidos e na aquisição de aparelhos celulares subsidiados.

Ao consumidor era conferida a possibilidade de adquirir tais terminais da própria recorrente, sem vincular-se a qualquer prazo de carência, ou de outra operadora, ou mesmo de empresa especializada na venda de eletro-portáteis. Não é demasiado, no ponto, assinalar que a atividade principal desenvolvida pela insurgente refere-se à prestação de serviços de telefonia móvel, e, não propriamente, à venda de aparelhos celulares.

Portanto, a fixação de prazo de carência, em si mesmo, não caracteriza condicionamento da prestação de serviço de telefonia à aquisição de aparelhos celulares.

Nesse sentido, destaca-se precedente da Terceira Turma desta Corte Superior, que, em *obiter dictum*, reconhece a licitude do prazo de carência fixado nos contratos de prestação de serviço de telefonia móvel, conforme se verifica do seguinte excerto:

“[...] Há tempos não subsiste a vinculação obrigatória dos aparelhos aos serviços de determinada operadora. Atualmente, é possível adquirir celulares desbloqueados, compatíveis com os serviços de qualquer prestadora. Existem, naturalmente, diferenças de preço – os aparelhos bloqueados são mais baratos – mas se trata de condição que fica ao talante do consumidor e que se mostra absolutamente aceitável como prática comercial (a operadora admite reduzir suas margens de lucro, tendo, como contrapartida, maior garantia de fidelidade do cliente), tanto que chancelada pelos arts. 40 e 81 do Regulamento de Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução n. 477/07 da Anatel. [...] Há de se considerar, por outro lado, que o prazo de carência fixado no contrato de prestação de serviços tem origem no fato de que a aquisição do aparelho celular é subsidiada pela recorrente, de modo que a fidelização do cliente visa a garantir à operadora um mínimo de retorno do investimento feito. Para aqueles que queiram ou possam pagar pelo primeiro aparelho (aquele que venha a ser roubado ou furtado), existe a possibilidade de contratar o serviço de telefonia móvel sem nenhuma carência, inclusive os chamados celulares ‘pré-pagos’, livres de fatura mensal. (REsp n. 1.087.783-RJ, Relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe 10.12.2009.

Para que não paire qualquer dúvida sobre a licitude, em si, do prazo de permanência mínima previsto nos contratos relacionados aos serviços de telefonia móvel, releva assinalar, ainda, que a Agência Nacional de Telecomunicações, responsável por regular o Setor, já autorizava tal estipulação, por meio da Norma Geral de Telecomunicações n. 23/96, mantendo-a, mais recentemente, por intermédio da Resolução n. 477/2007, esta, fazendo expressa menção, inclusive, à aquisição de aparelhos.

Pela pertinência, transcreve-se, no que interessa à controvérsia, os referidos preceitos normativos:

“5.1.1.1. A Concessionária do Serviço Móvel Celular pode estabelecer prazo de carência de vinculação do Assinante a um Plano de Serviço Alternativo por ela oferecido.

5.1.1.1.1. O prazo de carência não poderá ser superior a 12 (doze) meses.” (Norma Geral de Telecomunicações n. 23/96)

“Art. 40. A prestadora do Serviço Móvel Pessoal poderá oferecer benefícios aos seus usuários e, em contrapartida, exigir que os mesmos permaneçam vinculados à prestadora por um prazo mínimo.

§ 1º Os benefícios referidos no caput, os quais deverão ser objeto de instrumento próprio, firmado entre a prestadora e o Usuário, poderão ser de dois tipos:

a) Aquisição de Estação Móvel, em que o preço cobrado pelo aparelho terá um valor abaixo do que é praticado no mercado; ou

b) Pecuniário, em que a prestadora oferece vantagens ao Usuário, em forma de preços de público mais acessíveis, durante todo o prazo de permanência.

[...]

§ 9º O tempo máximo para o Prazo de Permanência é de 12 (doze) meses. (grifos desta Relatoria) - Resolução n. 477/2007.

Relembre-se que, na hipótese dos autos, não há qualquer discussão ou mesmo informação de que o contrato de comodato celebrado pelas partes tem por objeto os chamados aparelhos celulares “*bloqueados*” (vinculados aos serviços de determinada empresa de telefonia), caso em que se poderia cogitar a indevida imposição de aquisição de um aparelho celular, para viabilizar a fruição do serviço de telefonia móvel efetivamente contratado.

Esta circunstância, em momento algum aventada pela parte autora, não compõe os contornos fáticos delineados pelo Tribunal de origem, não se revelando, portanto, passível de valoração jurídica por esta Corte. Faz-se o presente registro apenas para bem delimitar a controvérsia.

Portanto, não caracteriza a prática vedada pelo art. 39, inc. I, do CDC, a previsão de prazo de permanência mínima (“*fidelização*”) em contrato de telefonia móvel, contanto que, em contrapartida, haja a concessão efetivos benefícios ao consumidor (custo reduzido para realização de chamadas, abono em ligações de longa distância, baixo custo de envio de “*short message service – SMS*”, dentre outros), bem como a opção de aquisição de aparelhos celulares da própria concessionária, sem vinculação a qualquer prazo de carência, ou de outra operadora, ou mesmo de empresa especializada na venda de eletroportáteis.

2. Superado o fundamento jurídico do acórdão recorrido, cabe a esta Corte de Justiça julgar a causa, aplicando o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456-STF.

Anota-se que a jurisprudência desta Corte reconhece a necessidade de este Superior Tribunal de Justiça, após suplantado o entendimento adotado pelo Tribunal de origem que julga procedente a demanda, em acolhimento a uma das causas de pedir exaradas na inicial, imiscuir-se nas causas de pedir remanescentes, ainda que as instâncias ordinárias sobre elas não tenham esposado qualquer juízo de valor. Referida técnica de julgamento tem por substrato permitir que esta Corte bem desempenhe seu “juízo de revisão”, em observância à efetividade da jurisdição.

Nesse sentido:

“Embargos de divergência. Recurso especial. Técnica de julgamento.

1. Se o Tribunal local acolheu apenas uma das causas de pedir declinadas na inicial, declarando procedente o pedido formulado pelo autor, não é lícito ao Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial do réu, simplesmente declarar ofensa à Lei e afastar o fundamento em que se baseou o acórdão recorrido para julgar improcedente o pedido.

2. Nessa situação, deve o Superior Tribunal de Justiça aplicar o direito à espécie, apreciando as outras causas de pedir lançadas na inicial, ainda que sobre elas não tenha se manifestado a instância precedente, podendo negar provimento ao recurso especial e manter a procedência do pedido inicial. (EREsp n. 58.265-SP, Corte Especial, Rel, p/ acórdão Min. Barros Monteiro, DJe 7.8.2008).

Direito Processual Civil. Aplicação do direito à espécie. Art. 257 do RISTJ. Celeridade da prestação jurisdicional. Inexistência de supressão de instância. Prequestionamento. Mitigação. Embargos de divergência no recurso especial. Harmonia entre decisão embargada e acórdãos paradigmas. Não conhecimento.

- Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal.

- Na aplicação do direito à espécie o STJ poderá mitigar o requisito do prequestionamento, valendo-se de questões não apreciadas diretamente pelo 1º e 2º graus de jurisdição, tampouco ventiladas no recurso especial. Não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação.

- A aplicação do direito à espécie também atende os ditames do art. 5º, LXXVIII, da CF, acelerando a outorga da tutela jurisdicional.

- Não há como conhecer dos embargos de divergência quando a decisão embargada encontra-se em harmonia com o entendimento contido nos acórdãos alçados a paradigma. (EREsp n. 41.614-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJ 30.11.2009).

Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Teses suscitadas na instância de origem. Acolhimento de parte dos fundamentos. Necessidade de análise dos demais. Aplicação do direito à espécie.

I - Caso o e. Tribunal *a quo* julgue procedente o pedido acolhendo uma das causas de pedir elencadas na inicial, o e. Superior Tribunal de Justiça deve, antes de prover o recurso especial da parte contrária, enfrentar as demais teses

suscitadas nas contrarrazões recursais, aplicando o direito à espécie. Precedentes. (Art. 257 do RISTJ e Súmula n. 456 do Pretório Excelso).

II - *In casu*, o autor apresentou perante o e. Tribunal *a quo*, além da prejudicial de prescrição, outros fundamentos para ver reconhecida a procedência do seu pedido, sendo acolhidas a ausência de amparo normativo e a inobservância dos princípios da legalidade, da tipicidade e da anterioridade para dar provimento ao recurso.

III - Interposto recurso especial pelo agravante, e tendo o agravado reproduzido em suas contrarrazões as alegações trazidas em sede de apelação, deve a c. Primeira Turma, no julgamento do recurso especial, prosseguir no exame dos demais fundamentos suscitados, aplicando o direito à espécie. Agravo regimental desprovido (EREsp n. 1.088.405-RS, Corte Especial, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 17.12.2010).

Pois bem. Reconhecida a licitude do prazo de carência inserto em contratos relacionados à prestação de serviço de telefonia móvel, desde que tenha como razão de ser, a concessão, em contrapartida de um benefício ao consumidor, resta analisar, na espécie, se o prazo de vinte e quatro meses, tal como previsto no contrato de comodato entabulado entre as partes, revela-se ou não abusivo.

3. Dos fundamentos exarados na petição inicial, extrai-se a assertiva da parte autora que, decorrido pouco mais de doze meses da contratação (em fevereiro de 2006), insatisfeita com os serviços prestados, requereu a rescisão dos retrocitados contratos, sem êxito, porém, ante a negativa da concessionária de telefonia, sob o fundamento de que em relação ao ajuste de comodato, o período de carência não havia se esgotado.

Ressaltou, no ponto, que, quando da contratação, acreditou que o prazo seria o mesmo daquele previsto no contrato de prestação de serviços de telefonia (doze meses). Pugnou, por isso, pela rescisão do contrato de comodato, sem a incidência de multa, ante o cumprimento do prazo de carência constante do contrato de prestação de serviço de telefonia móvel.

Efetivamente, a circunstância de o prazo de carência (no caso do comodato) ser superior a doze meses, distanciando-se das determinações regulamentares da Anatel acima reproduzidas, com a vinculação contratualmente o consumidor por período desarrazoado (o dobro do período em que os serviços de telefonia móvel foram contratados), torna tal estipulação, inequivocamente, abusiva, pois atenta diretamente contra a liberdade de escolha do consumidor, direito básico deste.

Diante da massificação das relações sociais, sobretudo as contratuais, ao Estado coube o relevante papel de orientar as práticas do mercado de consumo,

a fim de equilibrar o postulado da livre concorrência e os princípios de defesa do consumidor (art. 170, IV e V, da CF/1988), materializando balizas mínimas de intervenção, mercê do dirigismo contratual, que promoveu a redefinição dos negócios jurídicos à luz da função social e da boa-fé objetiva.

Como conseqüência, a evolução dos sistemas de comunicação, a universalização do atendimento e a ampliação da cobertura, tornaram os serviços de telefonia extremamente dinâmicos, a ponto de não mais justificar a vinculação do usuário a longos lapsos contratuais, haja vista a coexistência de ofertas das mais variadas, ensejando a oscilação do interesse do consumidor por um ou outro plano telefônico que melhor se ajuste às suas necessidades econômicas.

Dáí a relevância da questão temporal, porquanto o ajuste que outrora revelava-se adequado aos interesses do usuário dos serviços de telefonia, especialmente no que tange ao viés econômico, pode tornar-se inapropriado ou obsoleto frente ao pluralismo de condições variadas típicas deste seguimento, que tende sempre a evoluir.

Por isso, em que pese a viabilidade de estipulação de prazo de permanência mínima, o aludido lapso não pode ser extenso a ponto de mitigar a liberdade de escolha do consumidor, isto é, se deseja permanecer em determinado plano ou vinculado a uma operadora específica.

Em comentário ao artigo 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor, especificamente no que diz respeito à liberdade de escolha do consumidor, autorizada doutrina, em cotejo com o caráter temporal da avença, assim se manifesta:

[...] A nova teoria contratual, impregnada por uma visão total da relação e conforme a boa-fé, **passa também a valorizar o tempo** como elemento relevante. **Na formação do vínculo, o tempo será considerado como aliado da racionalidade e reflexão na decisão dos consumidores.** O Código de Defesa do Consumidor reconhece a importância das novas técnicas de vendas, muitas delas agressivas, do *marketing* e do *contrato como forma de informação do consumidor, protegendo o seu direito de escolha e sua autonomia racional, através do reconhecimento de um direito mais forte de informação* (arts. 30, 31, 33, 34, 46, 48 e 54 do CDC) e um *direito de reflexão* (art. 49 do CDC). A *necessidade de proteção da liberdade do contratante mais fraco leva a impor novos riscos profissionais aos fornecedores, que não poderão ser transferidos aos consumidores por nenhuma manifestação válida da vontade, a redefinir o abuso.* (Marques, Claudia Lima, Benjamin, Antônio Heman V., e Miragem, Bruno, Comentários ao Código de

Defesa do Consumidor, 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada, 2006. Ed. Revista dos Tribunais, p. 175-176).

Nesse ponto, é imperioso novamente destacar o teor das Resoluções n. 26/96 e n. 477/2007 da Anatel, que regulam especificamente o aspecto da duração dos contratos de serviço de telefonia móvel, inclusive naqueles em que os usuários podem adquirir os terminais móveis, *verbis*:

“5.1.1.1. A Concessionária do Serviço Móvel Celular pode estabelecer prazo de carência de vinculação do Assinante a um Plano de Serviço Alternativo por ela oferecido.

5.1.1.1.1. O prazo de carência não poderá ser superior a 12 (doze) meses.” (Norma Geral de Telecomunicações n. 23/96)

“Art. 40. A prestadora do Serviço Móvel Pessoal poderá oferecer benefícios aos seus usuários e, em contrapartida, exigir que os mesmos permaneçam vinculados à prestadora por um prazo mínimo.

§ 1º Os benefícios referidos no caput, os quais deverão ser objeto de instrumento próprio, firmado entre a prestadora e o Usuário, poderão ser de dois tipos:

- a) Aquisição de Estação Móvel, em que o preço cobrado pelo aparelho terá um valor abaixo do que é praticado no mercado; ou*
- b) Pecuniário, em que a prestadora oferece vantagens ao Usuário, em forma de preços de público mais acessíveis, durante todo o prazo de permanência.*

[...]

*§ 9º **O tempo máximo para o Prazo de Permanência é de 12 (doze) meses.*** (grifos desta Relatoria) - Resolução n. 477/2007.

Portanto, no caso em exame, a estipulação de duração do contrato de comodato pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, para além de excessivo, está em manifesta contrariedade às aludidas normas, que fixam lapso inferior.

Ademais, também revelam-se alinhadas aos ditames da Lei n. 8.078/1990 as teses deduzidas pela parte autora, que, quando da contratação, acreditava, verdadeiramente, que o prazo de permanência mínima de ambos os contratos era o mesmo, qual seja, de doze meses. Primeiro, porque o prazo de doze meses, como assinalado, é a regra em contratos dessa natureza, de acordo com o senso comum, e, principalmente, conforme preconizam as determinações regulamentares da Anatel. Segundo, porque o consumidor médio, ainda que suficientemente informado, quando estipula tais avenças, acredita tratar-se de um único contrato.

Desse modo, ainda que se repute válida tal previsão, notória é a informação deficiente dada ao consumidor, porquanto no sentir deste signatário, a previsão de duas espécies de prazo para relações jurídicas vinculadas a mesma prestação de serviços de telefonia celular, sem realce ou destaque, enseja interpretações dúbias por parte do consumidor, em virtude da aparência de que a vigência da contratação possui duração única, de ordem a revelar-se em absoluto descompasso com os ditames do Código de Defesa do Consumidor (arts. 6, III, e 54, § 4º), que, conforme alhures consignado, exigem clareza semântica, consubstanciada em redação imune a dupla ou tripla interpretação.

Outrossim, a presente relação jurídica contratual - conforme acima prefalado - submete-se aos preceitos da Lei n. 8.078/1990, a qual estabelece a possibilidade de sustação da eficácia de cláusulas restritivas de vantagens impostas *sem o devido esclarecimento de seus efeitos ao aderente*, conforme anota Carlos Roberto Gonçalves:

É comum, nos contratos em que se caracteriza a superioridade intelectual, econômica ou profissional de uma parte, e principalmente nos contratos de adesão "a necessidade de *invocar-se o princípio da boa-fé para a eventual suspensão da eficácia do primado da autonomia da vontade*, a fim de rejeitar-se cláusula abusiva ou ***imposta sem o devido esclarecimento de seus efeitos, principalmente no tocante à isenção de responsabilidade do estipulante*** ou à limitação de vantagens do aderente" (*Direito Civil Brasileiro - contratos e atos unilaterais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. III, p. 43 - grifou-se).

A propósito da compreensão dos efeitos jurídicos das cláusulas contratuais, vale transcrever trecho do voto exarado por este signatário no julgamento do Recurso Especial n. 1.106.827-SP, publicado em 22.10.2012, *in verbis*:

Nessa atividade hermenêutica, portanto, deve o intérprete pautar-se nos critérios da boa-fé, regra mestra condutora da atividade que busca a exata compreensão das cláusulas contratuais, e, no caso desta Corte de Uniformização, os efeitos jurídicos daí decorrentes, inclusive investigando ***se presente aquele efeito neutralizador do princípio da autonomia da vontade***, cuja repercussão pode redundar na ***sustação da eficácia de cláusulas restritivas de vantagens ao aderente*** ou de cláusula liberatória da responsabilidade do estipulante (REsp n. 1.106.827-SP, deste Ministro, j. em 16.10.2012, DJe de 22.10.2012; grifou-se).

Nessa linha de princípio, chega-se à conclusão de que o prazo de carência, inserto nos contratos afetos aos serviços de telefonia móvel, superior a doze meses, em contrariedade às determinações regulamentares da Anatel, bem como

aos direitos básicos do consumidor, notadamente no que diz respeito à liberdade de escolha e à correta informação, importa em abusividade, revelando-se, por isso, nulo de pleno direito.

Na espécie, de acordo com a moldura fática delineada na origem, a recorrida, efetivamente, cumpriu, em ambos os contratos, o período de carência máximo admitido em avenças dessa natureza, qual seja, de doze meses, o que lhe confere, com esteio na fundamentação acima delineada, o direito de rescindir o contrato, sem a imposição de qualquer penalidade.

4. Do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, por fundamento diverso, aplicando o direito à espécie.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.210.732-SC (2010/0155558-9)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Felisberto Vilmar Cardoso

Advogado: Felisberto Vilmar Cardoso (em causa própria)

Recorrido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Advogado: Sandro Osni da Silva Gomes e outro(s)

EMENTA

Responsabilidade civil. Recurso especial. Advogado que contrata serviços dos correios para o envio de petição recursal. Sedex normal. Contrato que garantia a chegada da petição ao destinatário em determinado tempo. Não cumprimento. Perda do prazo recursal. Responsabilidade civil dos correios para com os usuários. Relação de consumo. Dano moral configurado. Dano material não provado. Teoria da perda de uma chance. Não aplicação no caso concreto.

1. A controvérsia consiste em saber se o advogado que teve recurso por ele subscrito considerado intempestivo, em razão da entrega tardia de sua petição pelos Correios ao Tribunal *ad quem*, pode

pleitear indenização por danos materiais e morais contra a mencionada empresa pública. É certo também que a moldura fática delineada demonstra a contratação de serviço postal que, entre Capitais, garantia a chegada de correspondência até o próximo dia útil ao da postagem (*Sedex* normal).

2. As empresas públicas prestadoras de serviços públicos submetem-se ao regime de responsabilidade civil objetiva, previsto no art. 14 do CDC, de modo que a responsabilidade civil objetiva pelo risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º, da CF/1988, é confirmada e reforçada com a celebração de contrato de consumo, do qual emergem deveres próprios do microsistema erigido pela Lei n. 8.078/1990. No caso, a contratação dos serviços postais oferecidos pelos Correios revela a existência de contrato de consumo, mesmo que tenha sido celebrado entre a mencionada empresa pública e um advogado, para fins de envio de suas petições ao Poder Judiciário.

3. Não se confunde a responsabilidade do advogado, no cumprimento dos prazos processuais, com a dos Correios, no cumprimento dos contratos de prestação de serviço postal. A responsabilidade do advogado pela protocolização de recurso no prazo é de natureza endoprocessual, que gera consequências para o processo, de modo que a não apresentação de recursos no prazo tem consequências próprias, em face das quais não se pode, certamente, arguir a falha na prestação de serviços pelos Correios. Porém, essa responsabilidade processual do causídico não afasta a responsabilidade de natureza contratual dos Correios pelos danos eventualmente causados pela falha do serviço, de modo que, fora do processo, o advogado – como qualquer consumidor – pode discutir o vício do serviço por ele contratado, e ambas as responsabilidades convivem: a do advogado, que se limita às consequências internas ao processo, e a dos Correios, que decorre do descumprimento do contrato e da prestação de um serviço defeituoso. Assim, muito embora não se possa opor a culpa dos Correios para efeitos processuais da perda do prazo, extraprocessualmente a empresa responde pela falha do serviço prestado como qualquer outra.

4. Descabe, no caso, a condenação dos Correios por danos materiais, porquanto não comprovada sua ocorrência. Também não

estão presentes as exigências para o reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que as alegações de danos experimentados pelo autor se revelam extremamente fluidas. Existia somente uma remota expectativa e improvável possibilidade de seu cliente se sagrar vitorioso na demanda trabalhista, tendo em vista que o recurso cujo prazo não foi cumprido eram embargos de declaração em recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho, circunstância que revela a exígua chance de êxito na demanda pretérita.

5. Porém, quanto aos danos morais, colhe êxito a pretensão. É de cursivo conhecimento, no ambiente forense e acadêmico, que a perda de prazo recursal é exemplo clássico de advocacia relapsa e desidiosa, de modo que a publicação na imprensa oficial de um julgamento em que foi reconhecida a intempestividade de recurso é acontecimento apto a denegrir a imagem de um advogado diligente, com potencial perda de clientela e de credibilidade. É natural presumir que eventos dessa natureza sejam capazes de abalar a honra subjetiva (apreço por si próprio) e a objetiva (imagem social cultivada por terceiros) de um advogado, razão suficiente para reconhecer a ocorrência de um dano moral indenizável.

6. Condenação por dano moral arbitrada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, negando provimento ao recurso especial, divergindo do relator, e os votos do Ministro Raul Araújo, da Ministra Maria Isabel Gallotti e do Ministro Antonio Carlos Ferreira, dando parcial provimento ao recurso, acompanhando o relator, a Quarta Turma, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial. Vencido o Ministro Marco Buzzi. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 2 de outubro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 15.3.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Felisberto Vilmar Cardoso ajuizou ação de reparação de danos morais e materiais em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, noticiando ser advogado militante em Florianópolis-SC desde o ano de 1989 e que, em 7 de fevereiro de 2000, fora contratado por Levino Moretto para patrocinar ação trabalhista em face da empresa Centrais Geradoras do Sul do Brasil S/A - Gerasul, sendo que a referida ação tramitou na 1ª Vara do Trabalho de Florianópolis.

No dia 5.4.2007 (quinta-feira), o autor utilizou os serviços de “*sedex normal*” para o envio de petição de embargos de declaração para o Tribunal Superior do Trabalho, no processo RR n. 28.885/2002-900-12-00-0. Informou que, de acordo com as normas contratuais da empresa ré, pela prestação de serviços mediante “*sedex normal*”, é assegurada a entrega de encomendas e malotes entre capitais, como é o caso de Florianópolis e Brasília, até o dia útil seguinte ao da postagem, até as dezoito horas. Assim, o mencionado *sedex* postado no dia 5.4.2007 (quinta-feira) deveria ter sido entregue ao destinatário no dia 6.4.2007 (sexta-feira), até às dezoito horas.

Salientou o autor que o prazo recursal expirava no dia 9.4.2007 (segunda-feira), mas a ré não teria cumprido a obrigação estabelecida contratualmente, tendo em vista que o citado *sedex* somente foi entregue ao destinatário no dia 10.4.2007 (terça-feira), às 18h42min, depois de escoado o prazo legal para a interposição do recurso.

Aduz o requerente que, em razão do não cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela ré, o mencionado recurso foi julgado intempestivo pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Entendeu o autor que a declaração de intempestividade do recurso postado pelos Correios causou-lhe danos morais consistentes na mácula de sua imagem perante os clientes que por ele eram patrocinados, sustentando ser renomado advogado militante há mais de 20 (vinte) anos e que sempre prestara bons serviços jurídicos.

Alega também ter sofrido dano material consistente na impossibilidade de receber os honorários advocatícios contratuais, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação das verbas postuladas na ação trabalhista que tramitara durante aproximadamente sete anos, assim como todo o trabalho despendido na mencionada ação.

O Juízo da 1ª Vara Federal de Florianópolis-SC julgou improcedente o pedido (fls. 285-288), decisão que foi mantida em grau de apelação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos termos da seguinte ementa:

Recurso enviado via sedex. Intempestividade. Advogado. Responsabilidade pelo protocolo em tempo hábil de recursos perante Tribunais Superiores. Ausência de ato ilícito da ECT. Danos não configurados.

1. - O atraso na entrega de correspondência não tem o condão, em regra, de ofender direitos da personalidade do remetente, porque não implica situação ofensiva ou constrangedora a ele imputada.

2. - A falha do serviço de correio é possível de ocorrer em virtude do volume de pacotes e correspondências enviados e dos percalços existentes no transporte entre a origem e o destino; tal fato, no entanto, é incapaz, por si só, de denegrir a honra e a dignidade do remetente, especialmente no caso, em que não houve atraso significativo na entrega da encomenda (fl. 331).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 339-345).

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual se alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 186 e 927 do Código Civil; art. 535, II do CPC; arts. 6º, VI, 14 e 22 do CDC; art. 2º da Lei n. 11.668/2008; art. 17 da Lei n. 6.538/1978; e art. 2º da Lei n. 9.800/1999.

Alega o recorrente, essencialmente, ter experimentado dano material e moral em razão do recurso por ele postado via Correios (*sedex*) não ter chegado ao Tribunal Superior do Trabalho em tempo, sendo certo o descumprimento contratual por parte da empresa pública em questão.

Contra-arrazoado (fls. 390-394), o especial foi admitido (fls. 397-398).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Afirmo, inicialmente, a competência das Turmas da Segunda Seção para o conhecimento e julgamento do presente recurso.

Trata-se de ação indenizatória proposta por usuário dos serviços dos Correios em face da mencionada empresa pública, a qual, como se sabe, tem personalidade jurídica de direito privado. A relação jurídica subjacente também é de direito privado, de modo a prevalecer a competência deste Colegiado para o julgamento.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes, os quais diziam respeito à responsabilidade civil dos Correios por extravio de correspondência e de encomendas: REsp n. 692.402-RJ, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, *Quarta Turma*, julgado em 23.9.2008; REsp n. 730.855-RJ, Rel. Ministra *Nancy Andrigbi*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Humberto Gomes de Barros*, *Terceira Turma*, julgado em 20.4.2006; REsp n. 731.333-RS, Rel. Ministro *Jorge Scartezzini*, *Quarta Turma*, julgado em 3.5.2005.

Passo então ao exame do recurso especial.

3. Afasto, de saída, a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, pois o Eg. Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que examine uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Além disso, basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais (EDcl no RHC n. 6.570-PR, Rel. Ministro *Barros Monteiro*, *Quarta Turma*, julgado em 3.10.2000, DJ 27.11.2000 p. 163).

4. Quanto ao mais, a controvérsia consiste em saber se o advogado que teve recurso por ele subscrito considerado intempestivo, em razão da entrega tardia de sua petição pelos Correios ao Tribunal *ad quem*, pode pleitear indenização por danos materiais e morais contra a mencionada empresa pública.

É entendimento pacífico no STJ que o prazo para recorrer é cumprido quando a petição chega ao Tribunal dentro do interregno legal para a prática do ato, mostrando-se desinfluyente, para efeitos de tempestividade, o fato de ter sido ela postada nos Correios dentro do prazo do recurso.

É o teor da Súmula n. 216: “A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio”.

O acórdão recorrido valeu-se do mesmo entendimento para negar a indenização pleiteada pelo ora recorrente, então advogado que militava em processo trabalhista junto ao Tribunal Superior do Trabalho. Entendeu o Regional que “é do advogado a responsabilidade pela interposição e protocolo

de recursos em tempo hábil perante os Tribunais Superiores; ao escolher dentre os meios disponíveis para tanto - na hipótese, a remessa postal - assume os riscos decorrentes de possível falha no sistema” (fl. 329).

A sentença, por sua vez, no que foi mantida pelo acórdão, além de não vislumbrar ilícito no atraso da postagem, não reconheceu a ocorrência de dano indenizável:

O atraso na entrega de correspondência não tem o condão, em regra, de ofender direitos da personalidade do remetente, porque não implica situação ofensiva ou constrangedora a ele imputada. Trata-se de falha do serviço de correio que, infelizmente, é possível de ocorrer em virtude do volume de pacotes e correspondências enviados e dos percalços existentes no transporte entre a origem e o destino. Tal fato, no entanto, é incapaz, por si só, de denegrir a honra e a dignidade do remetente, especialmente no caso, em que não houve atraso significativo na entrega da encomenda (fl. 286).

5. A solução da controvérsia demanda a análise da natureza dos serviços prestados pela ECT.

Os Correios são empresa pública federal criada pelo Decreto-Lei n. 509/1969, prestadora de serviços postais sob regime de privilégio, cuja harmonia com a Constituição Federal, em parte, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 46-DF, julgada em 5.8.2009, relator para acórdão Ministro Eros Grau.

No mencionado julgamento, discutia-se, a propósito do sistema de privilégio (para alguns, monopólio) inerente ao serviço postal, se a atividade desenvolvida pelos Correios era serviço público em sentido estrito ou atividade econômica, esta última se sujeitando preponderantemente ao regime de direito privado, por força do que dispõe o art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, e, portanto, atividade que pode ser exercida em regime de livre concorrência.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da citada ADPF n. 46-DF, entendeu que a lei que regula o serviço postal (Lei n. 6.538/1978) foi recepcionada pela Constituição Federal, mas, conferindo-lhe interpretação conforme, restringiu à categoria de serviço público *stricto sensu* as atividades descritas no art. 9º do mencionado diploma, de modo a excluir do regime especial “a distribuição de boletos (boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos”. Os mencionados serviços, quando desempenhados pelos Correios, inserem-se

na categoria de atividade econômica típica, de modo a se lhe aplicar o regime próprio de direito privado.

Os serviços que, segundo o STF, deveriam ser exercidos sob regime de privilégio (ou monopólio) pelos Correios (inserindo-se, por consequência, no regime jurídico dos serviços públicos típicos), são os descritos no art. 9º da Lei n. 6.538/1978:

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

5.1. Com efeito, o caso dos autos revela o exercício pelos Correios de típico serviço público *stricto sensu*, exercido, inclusive, sob regime monopolista (ou de privilégio).

A matriz normativa atualmente aplicável à responsabilidade civil por desempenho de atividades dessa natureza é o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que estatui o chamado risco administrativo para o Estado e pessoas jurídicas a que faz menção:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Não obstante, o fato de uma empresa se inserir na categoria de prestadora de serviço público não a afasta das regras próprias do Código de Defesa do Consumidor, caso seja estabelecida relação de consumo com seus usuários.

É o que consta expressamente no art. 3º do CDC:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, *pública ou privada*, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou *prestação de serviços*.

Por outro lado, a assertiva acima manifestada é reafirmada pelo fato de ser direito básico do consumidor a “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (art. 6º, inciso X, CDC), direito esse também igualmente extraído do comando previsto no *caput* do art. 22, segundo o qual:

Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Por consequência, as empresas públicas prestadoras de serviços públicos submetem-se ao regime de responsabilidade civil objetiva, previsto no art. 14 do CDC, no sentido de que:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Assim, a responsabilidade civil objetiva pelo risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º, da CF/1988, é confirmada e reforçada com a celebração de contrato de consumo, do qual emergem deveres próprios do microsistema erigido pela Lei n. 8.078/1990.

5.2. Ressalte-se, a seu turno, que a contratação dos serviços postais oferecidos pelos Correios revela a existência de contrato de consumo, mesmo que tenha sido celebrado entre a mencionada empresa pública e um advogado, para fins de envio de suas petições ao Poder Judiciário.

O que é relevante, na verdade, é saber se a pessoa, física ou jurídica, é “destinatária final” do produto ou serviço, e certamente o fato de ser advogado o contratante, não lhe retira a condição de adquirente do “serviço como destinatário final”.

Nesse passo, como asseverei na relatoria do REsp n. 814.060-RJ, somente se desnatura a relação consumerista se o bem ou serviço passa a integrar a cadeia produtiva do adquirente, ou seja, posto a revenda ou transformado por meio de beneficiamento ou montagem.

Assim, por exemplo, é consumidor “o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto

de transformação ou beneficiamento” (REsp n. 208.793-MT, Rel. Ministro *Menezes Direito*, DJ 1º.8.2000).

Também esse é o entendimento remansoso da doutrina consumerista:

O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado *ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)*, e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção (MARQUES, Claudia Lima (*et alii*), 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 83-84).

5.3. No caso concreto, afigura-se-me perfeitamente configurada a relação de consumo entre o advogado e a ECT, que é contratada para remeter a um órgão do Poder Judiciário as petições subscritas pelo profissional da advocacia.

Nessa esteira, a moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias revela que o serviço contratado pelo autor não foi prestado exatamente conforme o avençado.

O autor afirmou ter contratado serviço que, entre Capitais, garantia a chegada de correspondência até o próximo dia útil ao da postagem. Enviou sua petição de embargos de declaração, mediante o uso de *sedex*, no dia 5.4.2007 (quinta-feira), o qual deveria ter sido entregue ao destino no dia 6.4.2007 (sexta-feira), até às dezoito horas. Porém, a mencionada correspondência somente chegou ao destinatário (TST) no dia 10.4.2007 (terça-feira), às 18h42min.

O réu não nega o atraso noticiado pelo autor - em boa verdade o confirma.

Apenas rechaça o pedido aduzindo não haver responsabilidade pela perda do prazo processual.

Nessa linha de defesa se manifestou na contestação:

Cabia somente ao mesmo [autor], a responsabilidade pela protocolização do recurso no prazo correto, ou seja, o cumprimento do prazo é inerente às atividades profissionais do autor e não da Requerida, pois a atividade fim da mesma é entrega de correspondências. Não pode a Requerida ser responsabilizada pela perda do prazo processual. Na hipótese de ter havido algum problema ocasionado pela Requerida, esse teria ocorrido somente no episódio de entrega do objeto, não podendo ser previsto o cumprimento do prazo processual ou não, já que acontecimento posterior à entrega.

Mesmo que o objeto tivesse [chegado] ao seu destino no dia do prazo processual não há garantia do cumprimento deste, pois a contrafé, nesse caso, é aposta nos autos por terceira pessoa estranha ao processo e desvinculada do cumprimento do referido prazo judicial.

O requerente pretende responsabilizar a ré pela falta de diligência no descumprimento do prazo processual. Afirma que a Requerida não cumpriu com a obrigação contratualmente estabelecida, no entanto, qualquer falha no serviço prestado pela Requerida não teria o condão de tirar a responsabilidade que é inerente à prestação de serviços advocatícios, qual seja, a do cumprimento dos prazos processuais (fl. 254).

O Juiz sentenciante também reconheceu a falha no serviço prestado, mas como algo “que, infelizmente, é possível de ocorrer em virtude do volume de pacotes e correspondências enviados e dos percalços existentes no transporte entre a origem e o destino”, assim também porque o atraso seria “perfeitamente previsível e tolerável”.

5.4. Ora, na verdade, as assertivas aduzidas tanto pelo réu quanto pelo Juízo sentenciante estão, a rigor, corretas.

Deveras, é responsabilidade do advogado o cumprimento dos prazos processuais, mostrando-se inoponíveis, para fins de comprovação de tempestividade, eventuais falhas no serviço de correios.

Não menos verdade é o fato de que atrasos nesse tipo de serviço são comuns e por isso previsíveis.

Porém, nada do que foi afirmado é capaz de afastar a responsabilidade da empresa fornecedora por um serviço inadequado ou “pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços”.

O consumidor não pode simplesmente absorver a falha da prestação do serviço como algo tolerável, porquanto tal imposição ofende a exigência - seja por previsão de natureza administrativa, seja por regra expressa do CDC - de que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

6. No caso, o serviço prestado pelos Correios foi inadequado e ineficiente simplesmente porque descumpriu o avençado, no sentido de garantir que a correspondência chegaria ao destinatário no modo e no tempo prometidos.

A indulgência com falhas no serviço público, segundo penso, não contribui para sua melhoria, ao contrário fomenta sua degradação, sobretudo quando

prestado sob regime de monopólio, em que não há concorrência para forçar a excelência da prestação.

Por outro lado, é bem verdade que a falha na prestação do serviço pelos Correios – como explicitamente reconhecida por todos – não teria o condão de afastar a responsabilidade do advogado pelo cumprimento dos prazos processuais, entendimento cotidianamente reafirmado pela jurisprudência.

Porém, não é menos certo que a responsabilidade do advogado no cumprimento dos prazos processuais não afasta a dos Correios pelas consequências da prestação do serviço defeituoso.

O fato de o consumidor ser advogado não altera em nada essa conclusão, a menos que se reconheça que os profissionais da advocacia sejam menos merecedores de um serviço público adequado e condizente com o que foi contratado.

O equívoco, a meu juízo, cometido pelo acórdão recorrido reside exatamente em baralhar essas duas espécies de responsabilidade, a do advogado e a do fornecedor.

A responsabilidade do advogado pela protocolização de recurso no prazo é de natureza endoprocessual, que gera consequências para o processo, de modo que a não apresentação de recursos no prazo tem consequências próprias, em face das quais não se pode, certamente, arguir a falha na prestação de serviços pelos Correios.

Porém, essa responsabilidade processual do causídico não afasta a responsabilidade de natureza contratual dos Correios pelos danos eventualmente causados pela falha do serviço, de modo que, fora do processo, o advogado – como qualquer consumidor – pode discutir o vício do serviço por ele contratado, e ambas as responsabilidades convivem: a do advogado, que se limita às consequências internas ao processo, e a dos Correios, que decorre do descumprimento do contrato e da prestação de um serviço defeituoso.

Em suma, muito embora não se possa opor a culpa dos correios para efeitos processuais da perda do prazo, extraprocessualmente a empresa responde pela falha do serviço prestado como qualquer outra.

7. Portanto, o ponto fulcral, a meu juízo, não é a existência de um serviço defeituoso por parte da ECT – o qual se me afigura perfeitamente comprovado –, mas se esse defeito foi apto a gerar danos ao autor.

O ora requerente, na inicial, pleiteou danos materiais e morais.

Os materiais consistiriam no não recebimento dos honorários contratuais, fixados em 20% da condenação de que seria beneficiado seu cliente, em ação trabalhista que tramitou na década passada.

No ponto relativo aos danos materiais, não há como acolher a pretensão, uma vez que não se mostra comprovada a ocorrência de nenhum dano.

O fato de outros patrocinados pelo ora recorrente, trabalhadores da mesma empresa que seu cliente, terem sido vitoriosos em outras demandas trabalhistas, não garante, absolutamente, o sucesso no processo do qual se originou a presente celeuma.

Cuida-se, no máximo, da perda de uma chance, cujo reconhecimento demanda a verificação de vários requisitos.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

Daí por que a doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético (cf. SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007).

No mesmo sentido é o magistério de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, no sentido de aplicar-se a teoria da perda de uma chance “nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, conseguir um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc” (*Comentários ao novo Código Civil, volume XIII (...)*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 97).

Com efeito, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

No caso de responsabilidade decorrente de atividade advocatícia, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas

que invocam a teoria da perda de uma chance devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas do evento tido por danoso.

Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para o recurso, como no caso em apreço, que enseja a automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance.

É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

A jurisprudência da Casa acolhe de forma tranquila esse entendimento:

Processual Civil e Direito Civil. Responsabilidade de advogado pela perda do prazo de apelação. Teoria da perda da chance. Aplicação. Recurso especial. Admissibilidade. Deficiência na fundamentação. Necessidade de revisão do contexto fático-probatório. Súmula n. 7, STJ. Aplicação.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de "uma simples esperança subjetiva", nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

(...)

(REsp n. 1.079.185-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.11.2008, DJe 4.8.2009).

Recurso especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

(REsp n. 788.459-BA, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 8.11.2005, DJ 13.3.2006, p. 334).

Recentemente, este Colegiado sufragou o mesmo entendimento em precedente de minha relatoria: REsp n. 993.936-RJ, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 27.3.2012.

No caso em julgamento, não vislumbro presentes as exigências para o reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que as alegações de danos experimentados pelo autor se revelam extremamente fluidas.

De fato, existia somente uma remota expectativa e improvável possibilidade de seu cliente se sagrar vitorioso na demanda trabalhista, tendo em vista que o recurso cujo prazo não foi cumprido eram embargos de declaração em recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho, circunstância que revela a exígua chance de êxito na demanda pretérita.

8. Porém, quanto aos danos morais, colhe êxito a pretensão.

Como se sabe, cuidando-se de dano moral, algo imaterial que se hospeda na seara das conformações ideais, a prova de sua ocorrência evidentemente não se assemelha à prova do dano material, por exemplo.

É impossível “exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos mesmos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90).

Com efeito, entende-se que o dano moral se extrai não exatamente da prova de sua ocorrência, mas da análise da gravidade do ato ilícito em abstrato.

Vale dizer, a comprovação da gravidade do ato ilícito gera, *ipso facto*, o dever de indenizar, em razão de uma presunção natural, que decorre da experiência comum, de que, nessa hipótese, ordinariamente há um abalo significativo da dignidade da pessoa. O dano moral, portanto, é *in re ipsa* (*Idem, ibidem*).

No caso, tenho que os fatos descritos no processo foram suficientes para, em si, causar abalo moral ao ora recorrente.

É de cursivo conhecimento, no ambiente forense e acadêmico, que a perda de prazo recursal é exemplo clássico de advocacia relapsa e desidiosa, de modo que a publicação na imprensa oficial de um julgamento em que foi reconhecida a intempestividade de recurso é acontecimento apto a denegrir a imagem de um advogado diligente, com potencial perda de clientela e de credibilidade.

É natural presumir que eventos dessa natureza sejam capazes de abalar a honra subjetiva (apreço por si próprio) e a objetiva (imagem social cultivada por terceiros) de um advogado, razão suficiente para reconhecer a ocorrência de um dano moral indenizável.

Esta Corte, em diversas oportunidades, entendeu ser cabível a condenação por danos morais decorrentes de defeito ou falha na prestação de serviço ou no produto.

Mutatis mutandis, confirmam-se os seguintes precedentes: AgRg no AREsp n. 76.980-RS, Rel. Ministro *Antonio Carlos Ferreira*, *Quarta Turma*, julgado em 14.8.2012, DJe 24.8.2012; AgRg no AREsp n. 60.866-RS, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, julgado em 15.12.2011; AgRg no Ag n. 1.415.956-SC, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, *Terceira Turma*, julgado em 27.3.2012; REsp n. 888.751-BA, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, julgado em 25.10.2011.

Com efeito, estando presentes o ilícito contratual cometido pelos Correios, o dano moral suportado pelo autor e o nexo causal entre um e outro, há de se reconhecer a responsabilidade civil do causador do dano, com a procedência parcial do pedido deduzido na inicial.

Nesse passo, tenho que se mostra consentâneo com a extensão do dano e com a qualidade das partes envolvidas o arbitramento de uma indenização no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

9. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para julgar parcialmente procedente o pedido indenizatório deduzido na inicial.

Em razão da sucumbência recíproca, arcarão as partes, em igual proporção, com as custas do processo e com os honorários advocatícios, os quais fixo em 15% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), e determino a compensação nos termos da Súmula n. 306.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, peço vênias ao voto divergente para acompanhar o voto de V. Exa., acrescentando, também, os fundamentos expostos pelo Sr. Ministro Raul Araújo, porque penso que a falha do serviço foi inequívoca e causou prejuízo de ordem moral ao advogado. A

circunstância de haver outras formas previstas pela lei processual para a remessa do recurso em nada afasta a responsabilidade da ré pelo descumprimento do prazo de entrega previsto no contrato.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, desde pesquisas levadas a efeito a partir de 1984, os Correios figuram entre os campeões da credibilidade da população brasileira pelos serviços que oferece. Na pesquisa de 2010, por exemplo, em termos de instituições, sua credibilidade ficou atrás apenas da família e do corpo de bombeiros. Essa pesquisa está no *site* dos Correios.

As ponderações oferecidas pelo eminente Ministro *Marco Buzzi* não me convencem e as circunstâncias por ele relatadas não implicam, necessariamente, na presunção de culpa exclusiva do advogado. Tampouco se relevam hábeis para descaracterizar a falha na prestação do serviço dos Correios. Talvez, essas ponderações, possam servir para a fixação do valor do dano, mas não para escusar a responsabilidade dos Correios.

Por isso, pedindo vênia ao eminente Ministro *Marco Buzzi*, acompanho o voto de V. Exa.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por Felisberto Vilmar Cardoso contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em demanda na qual o ora insurgente litiga contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

O autor, advogado militante na Justiça Trabalhista, almeja indenização por danos morais em face da empresa pública. Narra que se valeu do serviço de *sedex* para envio de embargos declaratórios em sede de recurso de revista, para posterior protocolização perante o Tribunal Superior do Trabalho. Muito embora tenha postado o reclamo na data de 5.4.2007, este somente restou devidamente entregue ao destino em 10.4.2007. O prazo recursal para os aclaratórios encerrara-se, contudo, em 9.4.2007. Sustenta, nesse quadro, ser manifesto o descumprimento contratual, considerando que os correios garantem a entrega de tal tipo de correspondência até as 18:00 horas do dia subsequente à

expedição, motivo pelo qual deveriam os embargos declaratórios ter aportado ao TST em 6.4.2007.

Assim, pretende a concessão de indenização por danos materiais (honorários que deixou de auferir face à derrota na lide trabalhista) e morais (abalo à sua imagem perante os clientes que representava naquela demanda).

Os pedidos foram negados em primeira e segunda instância, daí o recurso especial insistindo na pretensão inicial.

O eminente relator, Ministro Luis Felipe Salomão, manifestou-se no sentido de prover em parte o recurso especial, para fixar reparação por danos morais na ordem de R\$ 10.000,00. No primoroso voto que proferiu, fixou de início a natureza consumerista na relação havida entre o demandante e os correios. Assim, ante a responsabilidade objetiva pertinente à falha na prestação de serviços, reconheceu o nexo de causalidade entre a má-prestação ocorrida e os danos causados à honra subjetiva e objetiva do demandante, que teve decréscimo em seu prestígio profissional face à intempestividade do recurso que encaminhou ao TST. Rechaçou, de outro turno, os danos materiais postulados na exordial, ao argumento de que o eventual sucesso na demanda trabalhista cuidar-se-ia de evento fluido e remoto. Reputou descabida, assim, a aplicação da teoria da perda de uma chance ao caso, mormente em vista da improvável alteração do resultado da lide ao julgamento do recurso de embargos declaratórios.

Iniciados os debates, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Rogando vênias ao eminente relator, dele ousou divergir pois vislumbro culpa exclusiva do advogado quanto à causação dos supostos danos morais reclamados nesta ação, referentes à eventual perda de credibilidade por perda de prazo recursal.

O contrato de mandato atribui ao procurador a obrigação de *“aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato”* (art. 667, *caput*, primeira parte do CC). Ou seja, deve o mandatário velar pelos interesses que lhe são confiados como se fossem os seus próprios, como sói ocorrer, aliás, com qualquer administrador de coisas alheias. Incumbe-lhe, portanto, cercar-se de todas as cautelas necessárias à boa consecução do mister a si designado.

Essas ponderações são necessárias, pois o dano moral que está sendo postulado neste caso concreto deriva justamente da alegada perda de prestígio do advogado, por ter perdido um prazo processual. Todavia, na espécie, a perda não pode ser imputada apenas aos serviços postais. Deve-se, em grande parte, ou até mesmo exclusivamente, à falta de diligência verificada no agir do autor.

No caso, ao interpor o recurso, o demandante fiou-se exclusivamente nos serviços de entrega de correspondência fornecidos pelos correios; olvidou, porém, a adoção de cautelas, acessíveis a qualquer profissional da advocacia, com as quais poderia ter evitado a perda do prazo recursal.

Com efeito, ao invés de ter-se utilizado exclusivamente do serviço postal, poderia o profissional lançar mão de meios procedimentais mais eficazes e seguros, postos à sua disposição pelo ordenamento jurídico em vigor. Alude-se aqui à Lei n. 9.800/1999, cujo texto autoriza a interposição de recurso via fax, tendo como *ratio essendi*, em grande medida, prevenir a situação dos causídicos que necessitam interpor recursos em comarcas e Estados diversos daquele onde situada sua base operacional.

Encontrando-se o procurador na cidade de Florianópolis, e necessitando praticar ato processual em Tribunal Superior, situado nesta Capital Federal, não resta dúvida de que o modo mais seguro para tanto seria a interposição do recurso via fax, nos moldes autorizados pela Lei n. 9.800/1999. Enviado o fax, aí sim seria o caso de promover-se a expedição do reclamo perante os Correios, contornando-se, dessa forma, eventual falha nos serviços prestados pela Estatal.

Curiosamente e de modo peculiar a este caso concreto, basta observar que, tivesse o autor agido nesses moldes, a tempestividade dos aclaratórios direcionados ao TST estaria garantida. De fato, interposto o recurso via fax e expedido o original via correios no mesmo dia (5.4.2007), o recurso seria tempestivo, sobretudo quando se vislumbra que a entrega da correspondência perante o Tribunal Superior deu-se exatos cinco dias após à expedição (10.4.2007), nos exatos termos disciplinados pela Lei n. 9.800/1999.

Mas não é só. À figura do procurador diligente não se compatibiliza a conduta daquele que simplesmente promove a expedição do recurso nos correios, sobretudo quando em jogo estão os interesses dos seus constituintes. Embora seja relativamente confiável o serviço postal, a tarefa incumbida ao advogado, de representar interesses alheios mediante remuneração, deve pautar-se pela cautela e principalmente pela diligência, não se resumindo e não se satisfazendo pela mera transferência de responsabilidades.

Nesse sentido, incumbia ao advogado, que postou petição com prazo certo para o seu recebimento, de modo a ser profissional diligente, certificar-se por meios outros da entrega tempestiva do recurso perante o TST, o que poderia empreender mediante contato telefônico com a distribuição daquela Corte, com a consulta eletrônica de movimentação processual, ou, ainda, pela consulta

de andamento da entrega da correspondência expedida perante as próprias agências dos Correios. Constatando que até a data fatal, ainda não havia ocorrido a entrega, poderia valer-se do *fax simile*, evitando quaisquer transtornos a si e a seu cliente.

Nesse panorama, sem desprezar o fato de ter havido uma falha concreta nos serviços postais, vislumbro que inexistente o dano moral postulado por iniciativa do advogado, justo que se pode atribuir também ao próprio demandante a perda do prazo processual, em decorrência da falta de diligência natural à espécie.

Do exposto, voto no sentido de negar provimento integral ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.223.610-RS (2010/0218560-7)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: T L da S

Advogados: Saloa Maria Neme da Silva e outro(s)

Cíntia Graziella Seban e outro(s)

Mariana Carvalho Mottin e outro(s)

Anderson Gonçalves de Freitas e outro(s)

José Naja Neme da Silva e outro(s)

Karina Costalunga e outro(s)

Andresa S Neme da Silva Fritzen e outro(s)

Recorrido: R de Q C - espólio e outros

Representado por: E C C - inventariante

Advogado: Ana Cristina Almesto Recova e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Investigação de paternidade. Pedido em ação anterior julgado improcedente. Falta de provas. Sentença reformada por maioria. Reconhecimento coisa julgada. Embargos infringentes. Não cabimento. Renovação da ação. Possibilidade. Exame de DNA.

1. Não são cabíveis embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, reforma sentença de mérito, reconhecendo a existência de coisa julgada, o que ensejou a extinção do processo sem exame do mérito. Precedentes.

2. Não implica ofensa à coisa julgada material o ajuizamento de nova ação para investigar a paternidade mediante a utilização de exame de DNA, nas hipóteses em que a ação anterior teve o pedido julgado improcedente por falta ou insuficiência de provas, sem que tenha sido excluída a possibilidade de existência de vínculo genético. Precedentes deste Tribunal e do STF (RE n. 363.889-DF).

3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nesta parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 7.3.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto por T. L. da S., com base na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, contra acórdão proferido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, reformando a sentença, considerou que a improcedência do pedido deduzido em ação de investigação de paternidade anteriormente ajuizada, com base em provas testemunhais e no comportamento da mãe da ora recorrente, configura coisa julgada material.

Alega a recorrente que o entendimento do acórdão recorrido encontra-se em divergência com a orientação deste Tribunal no sentido de que, nas ações

de investigação de paternidade em que o pedido anterior tiver sido julgado improcedente por falta ou insuficiência de provas, deve ser afastada a incidência de coisa julgada, privilegiando-se o reconhecimento da filiação, em razão de se tratar de direito de personalidade fundamentado no princípio da dignidade de pessoa humana.

Acrescenta que não se verificou a prescrição quanto ao pedido sucessivo de petição de herança porque o ajuizamento da primitiva ação de investigação de paternidade interrompeu o prazo prescricional. Requer, por fim, seja fixada indenização a título de danos morais, que entende devida em razão da “tenacidade com que os recorridos buscaram denegrir a imagem” de sua genitora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 989-994).

O recorrido apresentou contrarrazões, pedindo o não conhecimento do recurso especial em razão do não exaurimento da instância ordinária, uma vez que a sentença de mérito foi reformada por maioria pelo acórdão recorrido, não tendo sido opostos necessários embargos infringentes (Súmulas n. 207 e n. 255 do STJ). Se superada a preliminar, sustenta a incidência da Súmula n. 7, a ocorrência de prescrição quanto à petição de herança e a impossibilidade de discutir matéria coberta pela coisa julgada (fls. 943-959).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Anoto, inicialmente, que o acórdão recorrido proveu o recurso adesivo dos ora recorridos e deu provimento ao agravo retido por eles interposto, para acolher a preliminar de coisa julgada rejeitada pelo Juízo de 1ª Instância, circunstância que ensejou a reforma, por maioria, de sentença de mérito que julgara procedente o pedido de reconhecimento de paternidade cumulada com petição de herança.

Embora relevante a alegação de que seriam cabíveis embargos infringentes com a finalidade de ver prevalecer o voto vencido (Súmulas n. 207 e n. 255-STJ), o certo é que, especificamente nos casos de acolhimento de preliminar de coisa julgada, como na hipótese presente, o entendimento de ambas as Turmas que compõem a 2ª Seção deste Tribunal consolidou-se no sentido de afastar o cabimento dos embargos infringentes, por se tratar de reconhecimento de

pressuposto processual negativo, hipótese de extinção do processo sem exame do mérito, confira-se:

Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil. Embargos infringentes. Artigo 530 do CPC. Acórdão que reconheceu a existência de coisa julgada. Extinção do processo sem resolução de mérito.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o artigo 530 do CPC, com a redação dada pela Lei n. 10.352/2001, não autoriza a interposição de embargos infringentes na hipótese em que o acórdão recorrido não aprecia o mérito da causa, ainda que a sentença o tenha analisado. Precedentes.

2. Não obstante a exceção prevista no *caput* do artigo 286 do CPC (impossibilidade de ajuizamento de nova ação judicial), é certo que o reconhecimento da existência de pressuposto processual negativo implica a extinção do processo sem resolução de mérito (inciso V do artigo 267 do CPC), o que afasta as hipóteses autorizadas da interposição de embargos infringentes. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.134.491-RS, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, DJ 15.5.2012).

Agravo regimental. Art. 530 do CPC. Embargos infringentes. Acolhimento de preliminar, cassação da sentença e extinção do processo sem julgamento do mérito. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Decisão agravada mantida. Improvimento.

I. Na nova redação do art. 530 do CPC (dada pela Lei n. 10.352/2001), não cabem embargos infringentes contra Acórdão que, por maioria, acolhe preliminar de coisa julgada, cassa a sentença e extingue o processo, sem exame do mérito.

(...)

Agravo improvido.

(AgRg no REsp n. 890.246-MA, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 11.9.2008).

Acrescento que essa mesma orientação também se encontra sedimentada no âmbito da 1ª Seção deste Tribunal, como se observa da leitura seguinte ementa, que destaco a título de exemplo:

Processual Civil. Embargos infringentes. Matéria de natureza processual. Inadmissibilidade. Recurso especial intempestivo.

1. Após as alterações promovidas no art. 530 do CPC pela Lei n. 10.352/2001, não é admissível a oposição de embargos infringentes contra acórdão que, por maioria de votos, acolhe a preliminar de coisa julgada, cassa a sentença e extingue a demanda sem resolução do mérito. Precedentes.

2. A oposição de embargos infringentes inadmissíveis não suspende ou interrompe o prazo para a apresentação do recurso especial, o qual se revela intempestivo.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.307.516-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 21.8.2012).

Anoto que não se cuida de hipótese análoga à julgada pela Corte Especial no REsp n. 1.113.175, em que se entendeu cabíveis embargos infringentes quando o objeto da divergência no julgamento da apelação contra sentença de mérito referiu-se apenas à condenação em honorários. Isso porque, no presente caso, o acórdão recorrido decidiu pela extinção do processo sem exame do mérito.

Reputo, pois, exaurida a jurisdição ordinária e conhecimento do recurso especial.

Passo a examinar o mérito.

É certo que a jurisprudência da 2ª Seção registra precedentes no sentido de que, em respeito à coisa julgada e em observância ao princípio da segurança jurídica, não se permite o ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade apenas em razão da descoberta e disseminação de modernos métodos científicos capazes de determinar a ascendência genética com elevada precisão, nas hipóteses em que o pedido anterior foi julgado improcedente com base nas provas técnicas então disponíveis (REsp n. 706.987-SP, 2ª Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 10.10.2008; AgRg no REsp n. 363.558-DF, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJ 22.2.2010; AgRg no REsp n. 895.545-MG, 3ª Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJ 7.6.2010). Admite, todavia, a jurisprudência deste Tribunal a propositura de nova ação de investigação de paternidade, nas hipóteses em que o pedido foi julgado improcedente por falta de prova, mas não foi excluída expressamente a possibilidade de que o investigado seja o pai do investigante.

Nesse sentido:

Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido.

I - Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e

considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II – Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III - A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade”.

IV - Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.

(REsp n. 226.436-PR pela 4ª Turma, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 4.2.2002).

Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Coisa julgada. Inépcia da inicial. Ausência de mandato e inexistência de atos. Cerceamento de defesa. Litigância de má-fé. Inversão do ônus da prova e julgamento contra a prova dos autos. Negativa de prestação jurisdicional. Multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

- A propositura de nova ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, não viola a coisa julgada se, por ocasião do ajuizamento da primeira investigatória – cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas –, o exame pelo método DNA não era disponível tampouco havia notoriedade a seu respeito.

- A não exclusão expressa da paternidade do investigado na primitiva ação investigatória, ante a precariedade da prova e a insuficiência de indícios para a caracterização tanto da paternidade como da sua negativa, além da indisponibilidade, à época, de exame pericial com índices de probabilidade altamente confiáveis, impõem a viabilidade de nova incursão das partes perante o Poder Judiciário para que seja tangível efetivamente o acesso à Justiça.

(...)

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 826.698-MS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 6.5.2008).

Processo Civil. Extinção do processo. Falta de provas. Improcedência do pedido. Julgamento de mérito. Art. 269-I, CPC. Doutrina. Recurso provido.

I - A insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido, não a extinção do processo sem julgamento de mérito.

II - Como doutrina Humberto Teodoro Júnior, “o juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a Justiça postulada pelas partes”. Assim, “se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a Justiça pura, que, sem dúvida é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência”.

III - Esta Turma, em caso que também teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas (REsp n. 226.436-PR, DJ 4.2.2002), mas diante das suas peculiaridades (ação de estado - investigação de paternidade etc.), entendeu pela relativização da coisa julgada.

(REsp n. 330.172-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 22.4.2002).

Esta linha de entendimento tem hoje o amparo na jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do seguinte precedente:

“Recurso extraordinário. Direito Processual Civil e Constitucional. Repercussão geral reconhecida. Ação de investigação de paternidade declarada extinta, com fundamento em coisa julgada, em razão da existência de anterior demanda em que não foi possível a realização de exame de DNA, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita e por não ter o Estado providenciado a sua realização. Reprepositura da ação. Possibilidade, em respeito à prevalência do direito fundamental à busca da identidade genética do ser, como emanção de seu direito de personalidade.

1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.

4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.

5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

(RE n. 363.889-DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 16.12.2011).

No caso presente, o pedido deduzido na ação primitiva foi julgado improcedente, não com amparo em perícia elaborada segundo as técnicas conhecidas na época, com resultado excludente da possibilidade de o primeiro recorrido ser o pai da autora da ação, mas com base apenas em provas testemunhais e no comportamento da genitora do ora recorrente, elementos que, ressaltado, revelaram acentuadas divergências.

Com efeito, a sentença da primeira ação julgou improcedente o pedido por considerar não comprovado o concubinato ao tempo da concepção (fls. 224-225).

O acórdão da apelação, em que pese confirmatório da sentença, foi proferido por maioria, vencido o revisor, Desembargador Manoel Celeste dos Santos, de cujo voto extraio os seguintes trechos, nos quais o magistrado expõe as razões de seu convencimento em relação à paternidade (fls. 289-294):

“Revisei o processo, detive-me na leitura da prova testemunhal, desde que documental inexistente, e ressaltado, de início, que prova ideal para essas espécies de processos seria aquela que gravitasse, que circundasse, que se circunscrevesse exatamente à convergência entre o lapso da concepção e o das relações sexuais entre a mãe da investigante e o réu. Esta seria a prova ideal. Consabido, porém, na diuturnidade dos processos, que dificilmente ocorre prova nesse sentido. Temos, então, de nos valer de provas indiciárias. Raro é o processo desta natureza que traz uma prova em que ocorra uma convergência de relações sexuais com o período da concepção. Temos de concluir, de decidir via de indícios e presunções, mormente na espécie, no caso concreto, quando a ação é interposta por uma pessoa de 43 anos de idade, já mãe de filhos e com seu pai falecido, e numa circunstância talvez pouco assemelhada a romances de autores do período colonial, quando o filho rico, vivendo na Capital, estudando e trabalhando, visitando ou trabalhando, visita periodicamente a fazenda de seu abastado pai.

(...)

Assim, os testemunhos de Marisa, de Zilá e de Abel levam-me à convicção plena de que Terezinha efetivamente era filha de Raul.

A defesa da sucessão foi chamada “defesa direta”, ou melhor, não tão direta porque alegou também o “*plurium concubentium*”. Nessa situação, as duas partes deveriam provar. A autora provou que era filha através dessas três testemunhas, sem contar as duas outras que recebiam dinheiro. Pergunta-se: a sucessão provou o “*plurium concubentium*”? Não provou, porque Rui, irmão do investigando, testemunha suspeita, pelo menos no plano moral; Eli Fiovavanti, nada soubera de importante; Romário era compadre também de Raul, portanto, também com certo relativismo de suspeição moral, e também não diz grande coisa; José Ramos, operário, que chegou na fazenda em 1956 e ali ficou até 1964, também não diz coisas coerentes. Apenas por comentários ouviram dizer, mas nenhum especifica de onde vieram esses comentários, que Angelina Lima Silveira ora era “mulher da família” - com isso querendo dizer que talvez fosse mulher de todos os filhos de Leopoldo - ora que era mulher pública. Mas são comentários não especificados, o que também remanesce em plano de dúvida.

Mas meu argumento final vem desta decorrência: a defesa da sucessão é defesa direta, como disse. Não precisaria provar nada, mas, se quisesse provar, também não estava impedida de fazê-lo, e de forma terminante, taxativa. Porque o investigando trabalhou na Secretaria do Trabalho e Ação Social, na Corsan, no “Diário de Notícias” e “Folha da Tarde”, isso num período que deve ter atingido 18, 19 ou 20 anos. E que fez a sucessão? Trouxe para os autos excertos de jornais, dois do anos de 1939, um cortado exatamente no mês (14-39, o mês iniciava, aqui, cortado, apareceu um zero, penso eu que seria outubro, o único mês que tem zero no final), outubro de 1939, um mês antes de nascer a autora. Outro excerto de jornal, também de 1939, é repetido logo adiante, onde está o retrato do pai, e aqui se vê, em cima, julho de 1939, adiantado estado de gravidez já da autora. Os demais jornais apresentados, em número de três, são de maio de 1940, quando a autora já tinha nascido.

Pergundo eu: se o autor trabalhava em tantos lugares diferentes: Secretaria do Trabalho e Ação Social - Corsan, “Diário de Notícias” e “Folha da Tarde”, por que a sucessão não trouxe um documento oficial de qualquer desses empregos no sentido de que, nos meses de janeiro, fevereiro e março, o autor estivesse em Porto Alegre trabalhando? Poderia provar (...)

A testemunha Benito Giusti, jornalista, diz que ele trabalhou em diversos locais, como na Secretaria do Trabalho e Ação Social e na Corsan. Deixo tudo de lado e pergunto: se trouxeram um jornal de 1939, inclusive de julho de 1939, por que não trouxeram um de fevereiro de 1939, mês geralmente de férias, que foi a época da concepção, provando que ele estava em serviço nesse tempo? Esta é a pergunta final que eu deixo.

Em conclusão final, retorno à prova. Como disse, qual a prova ideal e qual a prova conclusiva?

Efetivamente, se não houver nenhuma prova absoluta sobre a convergência de relações sexuais entre um pai e mãe do filho, se aquele fizer um testamento reconhecendo o filho, isto basta, nada mais precisa.

Daí, então, concluo que a prova dos autos por impossibilitada aquela prova ideal, também leva à mesma conclusão. É uma prova contundente, coesa, harmônica, forte, em contraposição com a prova da sucessão, no sentido de que, dois são suspeitos, dois nada sabem, um é compadre dele e o outro também pouco ou quase nada sabe.

Dessas considerações, lamentando divergir, o meu voto é no sentido de julgar procedente a ação, declarando a paternidade da autora na pessoa de Raul de Quadros Castilhos para os efeitos da lei.

(...)

Considero pertinente destacar, ademais, as seguintes considerações extraídas das intervenções do Ministério Público, em 1ª e 2ª instâncias (fls. 180 e 266-270, respectivamente):

O exame da prova leva à convicção de que a autora realmente é filha de Raul de Quadros Castilhos.

É de fundamental importância para firmar tal juízo o depoimento de Marisa Marina de Oliveira Goelzer à fls. 44. A testemunha refere que Raul, seu amigo, disse-lhe que tinha uma filha que regulava de idade com a depoente e a quem ajudava financeiramente. Disse-lhe mais: não registrava a filha para evitar problemas familiares, mas que pretendia deixar-lhe algum pecúlio.

De ressaltar, também, o depoimento de Zilah Maria de Lourdes de Carlitonin (fls. 44 V), que roboras as declarações de Marisa Marina.

Há, também, testemunhas de que Raul ajudava financeiramente a autora.

Sendo assim, Excelência, tenho como comprovada a paternidade e opino pela *procedência* da ação.

(...)

Efetivamente, embora não haja prova de namoro, de concubinato ou, enfim, de qualquer forma de envolvimento sexual entre o investigado e Angelina Silveira de Lima, mãe da investigante, durante a época da concepção desta, há outro tipo de prova nos autos, também testemunhal, até mais convincente de que aquele, que é o rotineiro, gerando a presunção avassaladora da paternidade discutida nos autos.

(...)

Diante de uma tal cadeia indiciária, assim forte e concatenada, parece não haver dúvida quanto à paternidade de Raul em relação a Terezinha.

Que homem iria dar dinheiro todos os meses, religiosamente, a uma menina de colégio, pela qual ficava enternecido, se não fosse sua filha?

De resto, é por demais sintomática a reação dela, sofrendo crise nervosas, quando, ao ter ido à procura de Raul, lhe foi dito por Heitor, que aquele tinha ido a Rio Pardo, por ter falecido sua mãe, tendo Terezinha dito que a pessoa falecida era a sua avó.

Harmoniza-se, também, com o conjunto probatório, a versão de Marisa, de que Raul lhe dissera, certa feita, ter uma filha, mais ou menos da idade dela, a quem ajudava mensalmente, pois Marisa nasceu em 4.2.1941 e Teresinha em 4.11.1939, sendo portanto de 1 ano e três meses a diferença de idade entre ambas estando comprovados também os auxílios em dinheiro de Raul à filha, por meio de interpostas pessoas, seus amigos Benito e Heitor, conforme já foi referido.

Compreensível também o motivo alegado por Raul, quando instado a respeito, na conversa com Marisa e Anita, para não providenciar o registro da autora: o longo tempo já decorrido e a ignorância da família a respeito do assunto, embora fosse de sua intenção deixar à filha um pecúlio.

Toda essa prova não é infirmada.

A sucessão constestante apenas pretendeu pôr em dúvida a honestidade de Angelina, mãe da investigante, apregoando "*plurium concubentium*" não confirmada pela prova colhida, onde apenas uma testemunha referiu plúrimo conúbio daquela com irmãos do investigando bem como com um cunhado, inclusive "dando nome aos bois" sem, entretanto, especificar épocas, nem assegurar que fossem, os relacionamentos, concomitantes.

De tudo quanto vem de ser exposto, um aspecto, a meu ver, sobreleva aos demais e foi muito bem destacado nas soberbas razões de apelação do Culto patrono da apelante.

É quanto à posse do estado de filha.

Como assinalou com precisão e brilho o Procurador da recorrente, na opinião da Doutrina, com ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA à frente, dos elementos integrantes da posse do estado de filho, o *nomem*, *tractatus* e a fama ou *reputatio*, os dois últimos são os mais importantes e, "*in casu*", creio que *tractatus* é o elemento verdadeiramente proeminente, porque demonstra a afeição devotada por Raul à filha (conforme referiu Heitor em seu depoimento), afora a ajuda material para seu sustento, que o invetigado sempre alcançou à sua filha, equivalendo tal conduta do apelado, ao reconhecimento implícito da questionada paternidade.

Ante o exposto, e em que pese a forma pouco usual como a prova foi produzida no caso concreto, isto é, por talela, ou indiretamente, sem a comprovação

propriamente dita do conúbio, de relações íntimas, de namoro, rapto, etc., ou outro qualquer tipo de relacionamento e intimidade sexual entre a mãe e o pretendido pai, porém com repercussões, ilações e consequências até mais fortes e convincentes, ao desiderato da autora, *opino* pela procedência da ação, que haverá de defluir do provimento à presente apelação, que sugiro a esta Egrégia Câmara.

Não tenho dúvida alguma, portanto, de que a improcedência do pedido na ação anterior não decorreu da exclusão da paternidade por prova pericial, mas da insuficiência da prova testemunhal para o reconhecimento ou a exclusão da paternidade, sendo certo que, a despeito das divergências quanto à valoração atribuída à conduta da mãe da autora da ação, foi tida por incontroversa a existência de relações sexuais entre ela o suposto pai, motivo pelo qual a paternidade não foi cabalmente descartada naquele feito.

Diante disso, na linha da jurisprudência hoje consolidada, não se pode impedir o ajuizamento de nova ação destinada a garantir o direito fundamental da autora de investigar a sua ascendência genética, mediante a utilização do exame de DNA, que fornece elementos de convicção quase absolutos do vínculo de parentesco. No caso em exame, o laudo foi realizado e indicou índice de paternidade de 99,93% (fl. 623).

Em relação à prescrição do pedido sucessivo de petição de herança e indenização a título de danos morais, o recurso não pode ser conhecido porque os referidos temas não foram examinados pelo Tribunal de origem, que se limitou a declarar a ocorrência de coisa julgada material.

Em face do exposto, conheço em parte do recurso especial e, nesta parte, a ele dou provimento, para, afastando a coisa julgada material, anular o acórdão recorrido e determinar que o Tribunal de origem examine o recurso de apelação interposto pela ora recorrente, como entender de direito.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Eminentes Colegas, pedindo permissão à Turma, concordo com a eminente Relatora acerca dos efeitos deletérios advindos da relativização da coisa julgada. De fato, a sua admissão ocasiona insegurança jurídica mais nociva do que aquela verdade formal apurada, sob o crivo do contraditório, no processo.

Contudo, para os casos de investigação de paternidade, há precedente mencionado pela ilustre Relatora, do egrégio STF, julgado em 2011, RE n. 363.889, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, com característica de repercussão geral - a impor vinculação horizontal aos ilustres Ministros daquele Tribunal e vertical aos demais magistrados.

Com efeito, embora, *data maxima venia*, discorde do entendimento que prevaleceu naquele aresto, é imperioso adequar a jurisprudência desta Casa, interpretando em quais situações o Pretório Excelso disciplinou a matéria.

Tive a oportunidade de ler todo o respeitável voto condutor do acórdão proferido no RE n. 363.889 - ao qual me submeto - e, penso, foram estabelecidos dois requisitos objetivos que devem estar presentes para ensejar a relativização da coisa julgada, quais sejam: a) não ter sido possível a apuração da efetiva existência de vínculo genético a unir as partes (“quando não foi possível determinar-se a efetiva existência”); b) não ter sido realizado o exame de DNA (“em decorrência da não realização do DNA”).

Nesse passo, tenho refletido sobre a matéria, tendo trazido a julgamento colegiado o Recurso Especial n. 1.188.280-SC, versando sobre matéria que, conforme meu entendimento, não está abarcada pelo julgado do STF.

Nesse caso, aquele que foi declarado pai em ação de investigação de paternidade - decisão sob o manto da coisa julgada material -, pretendia rediscutir a paternidade em ação negatória de paternidade.

Peço vênias para, por oportuno, mencionar trechos do meu voto proferido no declinado Recurso Especial n. 1.188.280-SC:

Preliminarmente, não é despidendo consignar que, como um dos escopos da jurisdição é a pacificação social, sendo vedado ao magistrado o *non liquet*, o comum é que as sentenças sejam prolatadas com base na verossimilhança, na probabilidade de que a versão formulada pela parte seja a verdadeira, convencimento este que o julgador recolhe da prova dos autos, alicerçando-o com sua fundamentação, que torna transparente quanto pensou e ponderou para concluir.

É este convencimento de que se coloca à base da quase totalidade das decisões dos magistrados, que comumente se vêem desafiados por perplexidades que lhe são impostas pelas regras do ônus da prova, não podendo, todavia, no mais das vezes contar com a certeza acerca dos fatos, isto é, com prova estreme de dúvida. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 270 a 331**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, ps. 23-30).

É bem por isso que cabe às partes, sob pena de assumir o risco de suportar as consequências da sucumbência, atuar, não só com lealdade processual, mas também com diligência, exercitando a ampla defesa e o contraditório, requerendo e não causando embaraços, no que tange à produção de provas que, efetivamente, influam no convencimento do juiz acerca dos fatos alegados, que dão esteio às suas teses.

4. Ademais, para logo, cumpre observar que não se desconhece que há precedente deste Colegiado - proferido antes mesmo dos precedentes do STF -, reconhecendo a possibilidade de repositura de ação de investigação de paternidade, se, na primeira ação, diante da precariedade da prova e inexistência de produção de prova pericial consistente no exame de DNA, houve julgamento de improcedência:

[...]

A leitura das razões invocadas permite concluir que fica nítido, dentre outros fundamentos, que o egrégio STF admitiu, em caráter excepcionalíssimo, a relativização da coisa julgada, com base no artigo 27 do ECA - que estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é imprescritível -, assim também com arrimo no direito fundamental à filiação e no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, que impõe a paternidade responsável, sendo consignado no voto-condutor que, no que tange ao investigante, trata-se de “corolário lógico de **seu direito de personalidade**, em discussão quando do ajuizamento de um tal tipo de demanda, de ver reconhecida a verdade sobre **sua origem genética**, emanação natural do estado da pessoa”.

Todavia, a hipótese dos autos discrepa daquelas examinadas nos precedentes do egr. STF, pois, no caso, pretende-se relativizar a coisa julgada para afastar, em ação negatória, a paternidade declarada em decisão sob o manto da coisa julgada material.

Nesse passo, propugna a abalizada doutrina, com propriedade, que, por decorrência de fatores de interesse público, notadamente a segurança das relações jurídicas, a racionalidade, estabilidade e prestígio da função jurisdicional, mesmo em face de eventuais decisões contaminadas por erro, em regra, há mais nocividade jurídico-social ocasionada pela insegurança geral oriunda da relativização da coisa julgada, visto que o Estado Democrático de Direito, necessariamente, deve conferir proteção aos princípios da “segurança jurídica” e “proteção da confiança”:

[...]

Coisa julgada material como *elemento de existência* do estado democrático de direito.

[...]

O sistema jurídico convive com a sentença injusta (quem será o juiz *posterior* da *justiça* da sentença que fora impugnável por recurso e, depois de transitada em julgado, fora impugnável por ação rescisória?), bem como com a sentença proferida aparentemente contra a Constituição ou a lei (a norma que é *abstrata*, deve ceder sempre à sentença, que regula e dirige uma situação *concreta*). O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada: “No entanto, parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral”.

[...]

A doutrina já discutiu à exaustão a questão da validade e eficácia da sentença de mérito transitada em julgado em face de seu conteúdo intrínseco, se justo ou injusto, se constitucional ou legal, se inconstitucional ou ilegal. Os constitucionalistas, processualistas e civilistas debateram a matéria e, depois de o questionamento evoluir durante mais de século, a *conclusão* a que se chegou - e hoje se encontra praticamente extrahida na doutrina mundial, isto é, não mais suscetível de discussão - é a de que a coisa julgada material tem força criadora, tornando imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada, independentemente da *constitucionalidade, legalidade ou justiça* do conteúdo intrínseco dessa mesma sentença. Eventuais vícios de validade e de eficácia devem ser discutidos em recurso ou, posteriormente, em ação autônoma de impugnação (*v.g.*, ação rescisória: CPC 485; embargos do devedor: CPC 741 e 745).

[...]

O processo é instrumento da democracia e não o seu algoz. (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ps. 60-67).

[...]

Igualmente, a Súmula n. 301-STJ orienta que, em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade - presunção aplicada, conforme consta da fundamentação da sentença que declarou a paternidade.

Dessarte, o acolhimento do pleito exordial resultará também em inequívoco desprestígio a esse entendimento consolidado no âmbito do STJ, a par de virtualmente propiciar que essas demandas, independentemente do resultado do julgamento, se repitam procrastinando a definição da relação jurídica, em prejuízo da pacificação social e, sobretudo, do direito de personalidade do pretense filho, visto que remanescerá a incerteza quanto ao seu estado de filiação, que poderá a qualquer tempo vir a ser questionado.

Nesse voto, mencionei precedente da Terceira Turma do STJ superveniente ao julgamento do RE n. 363.889, no qual aquele Órgão julgador não admitiu a relativização da coisa julgada para afastar a paternidade definida, após a recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, em decisão prolatada em ação de investigação de paternidade. Refiro-me ao AgRg no Ag n. 1.425.847-SC, relatado pelo Ministro Sidnei Beneti, julgado em 19 de junho de 2012.

Com efeito, serão inúmeros os casos que não estarão abrangidos pela decisão do STF, razão pela qual nem sempre caberá a relativização da coisa julgada.

Desse modo, concordo com a eminente Relatora, com as ressalvas feitas, porquanto a interpretação é a chave para a aplicação do entendimento perfilhado no precedente do Supremo Tribunal Federal, que então estabeleceu requisitos cumulativos mencionados.

Acompanho o voto da ilustre Ministra Relatora, com as ressalvas assinaladas.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, estou de acordo com o voto da Sra. Ministra Relatora.

RECURSO ESPECIAL N. 1.318.917-BA (2012/0074478-0)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras

Advogados: Fernando Neves da Silva e outro(s)

Candido Ferreira da Cunha Lobo e outro(s)

Wellington Cunha Cerqueira e outro(s)

Recorrido: Federação de Pescadores e Aquicultores do Estado da Bahia

Advogados: Tiago Cedraz Leite Oliveira e outro(s)

Andre Luis Guimaraes Godinho e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Execução provisória de antecipação de tutela proferida em processo coletivo. Nulidade no julgamento do agravo de instrumento. Inexistência de prejuízo. Conexão e continência. Súmula n. 7-STJ. Levantamento de quantias. Caução. Dispensa. Crédito alimentar. Beneficiário em estado de necessidade. Quantia de até sessenta salários. Aplicação do CPC, art. 475-O, § 2º, I. Risco de irreversibilidade reversa.

1. A nulidade somente será decretada se houver prejuízo à parte. Apesar da ocorrência de vícios processuais no julgamento do agravo de instrumento, na sequência, com a análise de três embargos declaratórios de cada um dos litigantes, o contraditório e ampla defesa foram efetivados. Inexistência de prejuízo e manutenção da decisão, diante da aplicação dos princípios da instrumentalidade e da conservação.

2. Reunião de demandas coletivas. Aplicação do instituto da continência, com a competência da vara onde tramitar a demanda mais abrangente. Súmula n. 83-STJ. Impossibilidade de alterar a conclusão de origem, por demandar nova análise das questões fáticas. Súmula n. 7-STJ.

3. Admite-se a execução provisória de tutela coletiva. Em relação à prestação de caução, diante da omissão da legislação específica do processo coletivo, aplica-se subsidiariamente as regras do CPC. Portanto, para o levantamento de quantias, em regra, há necessidade de prestação de caução. Todavia, se presentes concomitantemente os requisitos elencados no art. 475-O, § 2º, I (crédito alimentar, quantia de até sessenta salários, exequente em estado de necessidade), é possível a dispensa de caucionamento. Regra aplicável considerando cada um dos beneficiários, sob pena de tornar menos efetiva a tutela coletiva. O risco de irreversibilidade será maior caso não haja o pagamento da quantia em favor do hipossuficiente.

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

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo, dando parcial provimento ao recurso, divergindo do relator, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, dando provimento ao recurso, a Quarta Turma, por maioria, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do relator. Vencido, em parte, o Ministro Raul Araújo e, integralmente, a Ministra Maria Isabel Gallotti.

Brasília (DF), 12 de março de 2013 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 23.4.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJBA que determinou, em sede de agravo de instrumento, a retomada da execução provisória de antecipação de tutela proferida em ação civil pública, com o levantamento de quantia de caráter alimentar, em dinheiro, sem prestação de caução.

Na origem, em virtude de derramamento de óleo causado pela *Petrobrás* no litoral do Estado da Bahia no ano de 2009, a Federação dos Pescadores e Aquicultores da Bahia ajuizou ação coletiva pleiteando, dentre outros pedidos, liminarmente, o pagamento a pescadores e marisqueiras de quantia a título de “salário”, diante dos prejuízos decorrentes da impossibilidade de exercício da atividade pesqueira.

A antecipação de tutela foi deferida, com a determinação do pagamento de pensão mensal no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada substituído, sem indicação de termo final.

Em virtude do reconhecimento de conexão e prevenção, o magistrado da 6ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador-BA determinou a remessa dos autos para a Vara Cível e Comercial da Comarca de São Francisco do Conde-BA, onde fora ajuizada outra ação coletiva envolvendo o acidente. Por meio da mesma decisão, a liminar antes concedida foi revogada.

Dessa decisão interlocutória, a recorrida ingressou com o agravo de instrumento que deu origem ao presente especial.

Em antecipação de tutela recursal, no âmbito do TJBA, o desembargador relator determinou o prosseguimento do feito junto à 6ª Vara Cível e Comercial de Salvador-BA e revigorou os efeitos da liminar antes deferida, ao argumento de ocorrência de continência e não de conexão. No entanto, condicionou o levantamento de valores à prestação de caução.

O referido agravo de instrumento, ao ser apreciado no colegiado, teve a decisão monocrática confirmada, porém com falhas processuais: (a) seu julgamento pela Câmara não foi pautado e (b) a decisão foi proferida sem a análise da contraminuta.

O acórdão foi assim ementado (e-STJ fls. 309-310).

Agravo de instrumento. Processo Civil. Alegação de conexão na origem. Hipótese de continência. Art. 104 do CPC. Preservação da competência do juízo perante o qual tramita a demanda mais abrangente. Restituição de decisão antecipatória revogada. Art. 273 do CPC. Fixação de alimentos. Necessidade de caução idônea. Art. 475-O, III c.c. o art. 273, § 3º, ambos do CPC. Agravo conhecido e provido.

- Nos termos do art. 104 do CPC, "Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras" (*sic*).

- Se propostas, perante juízos de competência territorial distinta, ações indenizatórias contra uma mesma empresa, com mesma causa de pedir, será competente o Órgão Jurisdicional que recepcionar a ação com pedido mais abrangente.

- Com a revogação de decisão que declinou competência do Juízo para processar ação indenizatória, restabelecem-se, de pronto, os efeitos de decisão antecipatória da tutela jurisdicional editada na forma do art. 273 do CPC.

- Reconhecida competência de Órgão Judicante e restituída decisão antecipatória de tutela jurisdicional (art. 273, *caput* e I - CPC) na qual se tenha fixado obrigação alimentar de grande monta, se faz necessária a oferta de caução, na forma do art. 475-O, III, do CPC, aplicável à espécie (art. 273, § 3º - CPC), pelo alimentando ou seu substituto processual.

- Agravo conhecido e provido.

Os embargos de declaração opostos por ambas as partes foram rejeitados (e-STJ fls. 530-531). Seguiram-se novos declaratórios das partes, igualmente negados (e-STJ fls. 635-637).

Finalmente, após terceiros declaratórios da *Petrobrás* e da Federação, os recursos foram parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes.

Nesse julgamento, o TJBA: (i) limitou o período de pagamento de salários a um ano, suprindo omissão apontada pela *Petrobrás*, e (ii) determinou a liberação de tal quantia, sem caução, acolhendo o recurso da Federação. O acórdão está assim ementado (e-STJ fls. 1.248-1.249):

Embargos de declaração simultâneos no agravo de instrumento.

Embargos declaratórios opostos pela federação de pescadores e aquicultores do Estado da Bahia. Acolhimento parcial.

Vício de omissão. Multa. Litigância de má-fé. Não reconhecimento. Diante do fato de que, na presente decisão, está sendo reconhecida a necessidade de ser sanado vício apontado pela parte embargante, não há se falar em reconhecimento de litigância de má-fé por utilização de recurso protelatório.

Vício de omissão. Multa. Litigância de má-fé. Não reconhecimento. Diante do fato de que, na presente decisão, está sendo reconhecida a necessidade de ser sanado vício apontado pela parte embargante, não há se falar em reconhecimento de litigância de má-fé por utilização de recurso protelatório.

Vício de obscuridade. Inexigibilidade de caução. Verba alimentar. Previsão legal. Decisão reformada nesse ponto. Necessidade de que seja sanado o vício apontado, pois apesar de existir previsão legal no sentido de que o levantamento de depósito em dinheiro depende de caução suficiente e idônea (artigo 475-O, III, do CPC), deixou a decisão embargada de observar a ressalva contida no § 2º, I, do mesmo dispositivo legal, ou seja, a hipótese de crédito alimentar que não ultrapasse o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo.

Embargos declaratórios opostos pelo Petróleo Brasileiro S/A. Petrobrás. Acolhimento parcial.

Vício. Contradição. Concessão antecipação de tutela. Necessidade produção prova. Não reconhecimento. O estabelecimento de condições para o atendimento da antecipação de tutela não implica, necessariamente, no reconhecimento da ausência dos requisitos para a sua concessão. O fato destacado na decisão embargada acerca da divergência da área atingida pelo acidente ambiental com aquela inicialmente informada pela parte embargada não implica no reconhecimento da inexistência do dano.

Vício. Contradição. Participação do Ministério Público na condição de custo legis. Não reconhecimento. A decisão adotada pelo Colegiado nos presentes autos foi no sentido de não reconhecer a necessidade de intervenção do Ministério Público na condição de *custo legis*, só se podendo falar em contradição entre os fundamentos constantes do próprio julgado.

Vício. Omissão. Limite temporal no pensionamento. Decisão reformada nesse ponto. Deixou a decisão embargada de estabelecer o período de vigência da antecipação de tutela. Com base nos elementos constantes do relatório do IMA,

que fixou o período mínimo de 01 (um) ano para avaliar os reflexos do acidente ambiental, fixa-se igual período para que a empresa *Petrobrás* cumpra a decisão antecipatória da tutela.

Exame das impugnações feitas à relação dos pescadores substituídos. Impossibilidade. Supressão de instância.

Quanto às impugnações feitas pela *Petrobrás*, devem ser apreciadas pelo juízo de origem que, analisando os argumentos sustentados pela parte acionada, poderá acolher, ou não, tais impugnações, não cabendo tal exame ser efetivado por essa Corte de Justiça sob pena de supressão de instância.

O recurso especial interposto pela *Petrobrás*, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, aponta violação a diversos dispositivos do CPC, além de divergência jurisprudencial.

As teses levantadas pela recorrente são as seguintes: (i) nulidade do julgamento do agravo, em virtude de sua não inclusão em pauta (arts. 244 e 552 do CPC) e da ausência de exame de contraminuta de agravo (CPC, art. 527, V), (ii) ocorrência de conexão (e não de continência), sendo necessária a reunião das duas ações coletivas na comarca de São Francisco do Conde-BA e não na de Salvador-BA (CPC, arts. 104 e 106), e (iii) indevida liberação da quantia sem caução e embargos acolhidos sem que houvesse omissão (CPC, arts. 273, § 3º, 475-O, § 2º, I, e 535, II).

Além disso, destaca a *Petrobrás* ao longo do recurso, ingressando na esfera fática, que o prejuízo ambiental fora muito menor do que aquele narrado na inicial, bem como não ter havido limitação ao exercício da pesca.

Ajuizada medida cautelar incidental (MC n. 18.940-BA), deferi liminar para obstar o levantamento da quantia em dinheiro sem a necessária contracautela, concedendo efeito suspensivo ao especial.

O TJBA admitiu o recurso da *Petrobrás* apenas em relação ao levantamento das quantias sem prestação de caução (e-STJ fls. 1.363-1.366).

Em judicioso parecer, o eminente Subprocurador-Geral da República *Pedro Henrique Távora Niess* manifestou-se pelo conhecimento parcial e, nessa parte, pelo desprovimento do recurso (e-STJ fls. 1.405-1.419).

Após a manifestação do MPF, a Federação protocolizou petição (e-STJ fls. 1.423-1.428) alegando a ocorrência de fato novo, consistente em julgamento, pela Segunda Seção desta Corte, de recurso especial pelo rito dos recursos repetitivos, envolvendo pagamento de indenização pela *Petrobrás* a pescadores

em virtude de derramamento de óleo, no qual se decidiu pela viabilidade de execução provisória individual, sem necessidade de caução.

De seu turno, em resposta a essa manifestação, a *Petrobrás* apontou as distinções entre as duas situações, com destaque para a circunstância de, naquele processo, tratar-se de execução provisória de sentença e, neste recurso, de mera antecipação de tutela (e-STJ fls. 1.482-1.486).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): A controvérsia dos autos gira em torno dos seguintes tópicos: (a) se as irregularidades processuais no julgamento do agravo implicam anulação, (b) se a hipótese é de conexão e não de continência, de modo a determinar a competência para o julgamento da ação coletiva, e (c) a necessidade de caução para a execução provisória de processo coletivo - e a possibilidade de isso ser decidido em embargos declaratórios.

Passo à análise desses aspectos, de forma separada.

(a) Dos vícios formais no julgamento do agravo de instrumento.

Em sede de cognição sumária, ao apreciar o tema na cautelar, entendi que se poderia cogitar da ocorrência de nulidade.

Contudo, após o exercício do contraditório e em sede de cognição exauriente, concludo pela aplicação da instrumentalidade e, portanto, pela ausência de nulidade.

Sem dúvida, houve irregularidade processual tendo em vista o julgamento do agravo sem que fosse pautado e sem a análise da contraminuta recursal. Acaso o julgamento no âmbito do TJBA tivesse se encerrado nesse momento, a hipótese possivelmente seria de nulidade.

Todavia, todas as razões deduzidas pela recorrente na resposta do agravo foram apreciadas pelo Tribunal *a quo* após a oposição dos declaratórios. Ou seja, ainda que inicialmente tenha ocorrido vício no julgamento do agravo, a tramitação do recurso prosseguiu com ampla possibilidade de exercício do direito de defesa e do contraditório.

Em tais condições, com a sequência da tramitação do agravo e a oposição de diversos declaratórios (e o acolhimento dos terceiros recursos, de ambas

as partes), todos os argumentos de defesa da *Petrobrás* foram devidamente analisados. Tanto é assim que houve decisão a ela favorável em relação à limitação do período objeto de pagamento. Ademais, oportuno registrar que o agravo foi interposto pela Federação de Pescadores.

Nessas circunstâncias, entendo aplicar-se ao caso dois princípios relacionados às nulidades, para afastar a necessidade de repetição do ato: da instrumentalidade das formas e da conservação.

Realmente, ainda que a forma prevista em lei não tivesse sido observada, existiram - não no primeiro julgamento, frise-se, mas na continuidade da tramitação do feito perante o TJBA - condições de efetiva defesa por parte da recorrente. Com isso, a finalidade da intimação para o julgamento e a possibilidade de apresentação de contraminuta foram atingidas.

Na mesma linha, ainda que o ato inicial (primeiro julgamento do agravo) contivesse algum vício, não mais ocorreram falhas processuais na sequência dos atos. Portanto, “conservam-se os atos subsequentes que não apresentem correlação com o anterior” (CPC, art. 250).

Uma vez mais, se assim não fosse, seria inviável falar em decisão favorável à *Petrobrás* no tocante à limitação temporal. Logo, é possível concluir pela inexistência de prejuízo, hipótese que afasta a necessidade de repetição do ato, nos termos do brocardo *pas de nullité sans grief* (CPC, art. 249, § 1º).

No mesmo sentido, a bem lançada manifestação do eminente Subprocurador da República (e-STJ fl. 1.409):

(...) a jurisprudência desse Sodalício Superior assentou que “as nulidades processuais só devem ser declaradas, quando houver demonstração do prejuízo”, situação não verificada na espécie.

Assim, todos os fatos e fundamentos que poderiam ser arguidos por meio da contraminuta do agravo, puderam ser oferecidos e apreciados posteriormente. Não há prejuízo ou violação da ampla defesa e do contraditório.

Em relação ao primeiro tópico do recurso, portanto, entendo inexistir nulidade.

(b) Da conexão e continência em relação às demandas coletivas.

O juiz de primeiro grau, inicialmente, reconheceu a conexão e determinou a reunião das causas na comarca de São Francisco do Conde-BA, por prevenção.

Apreciando a questão, o TJBA determinou a competência da comarca de Salvador-BA, entendendo existir continência por ser mais abrangente o processo ajuizado na comarca de Salvador-BA. É o que se depreende do seguinte excerto do acórdão (e-STJ fls. 313-314):

Ora, o art. 104 do Código Instrumental Civil, de forma clara, prescreve:

Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

Interpretando tal dispositivo processual, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já pronunciara que “Configurada a continência entre as duas ações, pela identidade quanto às partes e à causa de pedir, o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o da outra, recomendando-se a reunião dos processos, antes a impossibilidade de decisões contraditórias” (RSTJ/66/49).

Apesar de figurarem, no polo ativo de ambas as demandas indenizatórias propostas em face da *Petrobrás S/A*, entidades associativas e sindicais distintas, ambas agiam e agem na condição de substitutas processuais dos pescadores e marisqueiras.

Assim sendo, caso se admita a identidade entre causa de pedir, seria forçoso reconhecer que a demanda proposta pela ora Agravante detém um polo ativo mais amplo e abrangente que àquela outra manejada pela Colônia de Pescadores de São Francisco do Conde.

Neste aspecto, em sendo a regra aplicável aquela prevista no art. 104 do Código de Processo Civil, em lugar do comando inserto no art. 106 do Código de Ritos, a eventual reunião de ações deveria se dar perante o Juízo que recepcionou a causa mais abrangente.

Tanto é assim que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a interpretação e unidade do Direito Federal, já reconhecera que “Se há duas ações com continência por uma, a causa maior, causa continente, sempre chamará para sai a competência, sem ter de prevenir” (STJ - 3ª Turma, REsp n. 681.740, ED-Decl, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 5.2.2007).

Desse modo, não há violação da legislação processual.

O tema foi bem analisado na decisão de admissibilidade do recurso especial, oportunidade em que o TJBA destacou estar seu entendimento em sintonia com o desta Corte (e-STJ fl. 1.364):

Da análise dos autos, infere-se que a alegada afronta aos arts. 104 e 106, do CPC, não enseja admissibilidade da estreita via recursal manejada, porquanto

o acórdão impugnado perfilha do entendimento exarado pelo STJ, conforme transcrito abaixo:

Recurso especial interposto por Jussara Nena Cavanha Almeida e outro, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado: [...] I - O aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo simples exame das partes que figuram no pólo ativo da demanda. Assim, impetrados dois mandados de segurança por associação e por sindicato, ambos representantes da mesma categoria profissional, os substituídos é que suportarão os efeitos da decisão, restando, assim, caracterizada a identidade de partes. II - Em face da identidade parcial de pedidos, em razão de um ser um mais abrangente que o outro, configura-se a continência, que é espécie de litispendência parcial. (REsp n. 1.139.713, Min. Hamilton Carvalhido, DJe 7.5.2010).

Em decorrência, incide, na hipótese, a Súmula n. 83-STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

De seu turno, pertinente a observação do MPF segundo a qual a apreciação da continência, na via especial, é obstada pela Súmula n. 7-STJ (e-STJ fl. 1.411):

Observa-se que o v. acórdão recorrido reconheceu a continência entre a Ação de Indenização n. 0058754-05.2009.805.0001 (proposta pela *Federação de Pescadores e Aquicultores do Estado da Bahia*, na Comarca de Salvador, objetivando a defesa dos interesses dos pescadores de Madre de Deus, Candeias, Saubara, Santo Antônio da Purificação e São Sebastião do Passe) e a Ação de Indenização n. 0000277-63.2009.805.0235 (movida pela Colônia de Pescadores Z-05 de São Francisco do Conde, na Comarca de São Francisco do Conde), o que, segundo a orientação dessa E. Corte Superior de Justiça, requer para o deslinde da controvérsia o reexame do contexto fático-probatório dos autos.

No mesmo sentido:

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Conexão e continência não configurada. Situação fática proferida pelo Tribunal de origem. Revisão do entendimento. Impossibilidade. Óbice da Súmula n. 7-STJ. Precedentes. Reunião de várias execuções fiscais contra o mesmo devedor. Art. 28 da Lei n. 6.830/1980. Faculdade do juiz. Representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Recurso repetitivo. REsp n. 1.158.766-RJ.

(...)

4. A Corte de origem, com base nas circunstâncias fáticas da causa, concluiu que não restaram comprovados os requisitos necessários à caracterização da conexão, e, portanto, a inversão do julgado atrai o óbice da Súmula n. 7-STJ.

(...)

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.186.059-RS, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15.2.2011, DJe 22.2.2011).

Dessa maneira, nesse tópico, o recurso não merece ser conhecido.

(c) Das regras relativas à exigência de caução no processo coletivo e da liberação da contracautela após terceiros embargos declaratórios.

De início, em relação à suposta violação do artigo 273 do CPC, como bem destacado pelo MPF (e-STJ fls. 1.416-1.417), não compete a esta Corte analisar se estão presentes os requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela. Tal procedimento demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é vedado por força da Súmula n. 7-STJ, consoante iterativa jurisprudência. Nesse sentido, o seguinte julgado:

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Antecipação da tutela. Requisitos autorizadores. Análise de matéria fática. Óbice da Súmula n. 7-STJ. Impossibilidade. Artigo 461, § 6º, do CPC. Multa. Caráter inibitório. Valor exorbitante. Inocorrência.

1. - A análise dos requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada envolve a revisão das premissas de fato adotadas pelas instâncias ordinárias. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

(...)

4. - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 60.059-SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 24.4.2012, DJe 9.5.2012).

Da mesma forma, também por força do óbice sumular, não se mostra possível avaliar se o derramamento de óleo ocorreu em região mais ampla do que a indicada na inicial ou na mais restrita apontada pela *Petrobrás*, pois também implicaria reanálise da matéria fática.

No mais, não há violação do art. 535 do CPC, pois o Tribunal de origem, ao dar provimento aos terceiros declaratórios, manifestou-se a respeito de aspectos

não apreciados anteriormente no acórdão, a saber: (i) limitação temporal do pagamento de indenização (omissão apontada pela *Petrobrás*) e (ii) possibilidade de levantamento dessas quantias em dinheiro, sem a necessidade de caução, à luz dos requisitos legais para dispensar tal exigência (omissão apontada pela Federação).

Assim, havia omissão a ser suprida, nos exatos termos do art. 535 do CPC. Por isso, não procede o argumento de inexistência de omissão a justificar o provimento dos declaratórios da Federação.

Em cognição sumária, ao apreciar a liminar na medida cautelar, entendi conveniente condicionar à prestação de caução o levantamento da quantia em dinheiro, na execução da antecipação de tutela na ação coletiva em apreço.

Após o exercício do contraditório e a manifestação do Ministério Público Federal, cumpre-me analisar o tema em cognição exauriente.

A propósito do assunto, execução provisória em processo coletivo, a legislação é silente. A doutrina e a jurisprudência não são abundantes.

No âmbito doutrinário, a maioria dos autores que se manifestam a respeito da execução provisória de processo coletivo defende a aplicabilidade do CPC à hipótese, diante da lacuna da legislação específica.

Nesse sentido, HUGO NIGRO MAZZILI, de forma bem sintética (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 587): “Cabe execução provisória no processo coletivo, obedecidas as regras gerais do CPC”.

Também LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHARDT (*Manual do Processo de Conhecimento*, 5. ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2005, p. 736):

Obviamente, desde que a apelação da sentença não seja recebida no efeito suspensivo, caberá também a “execução provisória” do julgado, que seguirá (na falta de regras específicas) os parâmetros fixados pelo Código de Processo Civil.

Igualmente ELTON VENTURI, ao discorrer ainda sob a antiga redação do CPC (*Execução da tutela coletiva*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 151):

Assim, os indivíduos beneficiados pela sentença condenatória genérica, após obterem a respectiva quantificação do que lhes é devido pelo demandado, ou propõem de pronto a competente ação de execução, mesmo que pendente recurso desprovido de efeito suspensivo, submetendo-se então às regras do

art. 588 do CPC e seguintes, ou aguardam o trânsito em julgado da sentença, propondo execução definitiva (...).

Por fim, ERICA BARBOSA E SILVA bem sintetiza o atual estágio do debate (*Cumprimento de sentença em ações coletivas*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 77):

Tema controvertido, porém diz respeito à necessidade de caução. O art. 588, II, do CPC exigia a prestação de caução idônea, nos próprios autos, para a execução provisória que consistir em levantamento de depósito em dinheiro e à prática de atos que importem em alienação de domínio ou que possam resultar grave dano ao executado. Esse dispositivo foi revogado pela Lei n. 11.232/2005, encontrando-se atualmente em vigor o art. 475-O, do CPC. Apesar desse dispositivo também prever a prestação de caução, possibilita a sua dispensa em casos especialíssimos. Assim, persiste a dúvida quanto à necessidade de segurar o juízo na execução provisória em Ações Coletivas (...).

Em tais circunstâncias, entendo inexistir dúvida sobre a possibilidade de execução provisória em processo coletivo, *em regra mediante caução*, nos termos da lei processual geral (CPC). Somente se poderia chegar à conclusão diversa *de lege ferenda*, mediante alteração da legislação própria da tutela coletiva.

Esta Corte possui precedente quanto ao cabimento da execução provisória em processo coletivo:

Processual Civil. Ação civil pública. Sentença condenatória. Recurso recebido apenas no efeito devolutivo. Execução provisória movida pelo MPF em face da União e outros réus, na defesa dos interesses difusos. Possibilidade. Art. 588 do CPC. Art. 14 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985).

1. Os autos tratam de agravo regimental interposto em face de decisão de minha lavra (fls. 172-174) que permitiu o seguimento da execução provisória movida pelo MPF em face da União e demais co-réus, em razão de sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 99.0001418-9, com apelação recebida apenas no efeito devolutivo; recebimento esse não-impugnado a tempo e modo pela União.

2. As normas processuais que regulam a ação civil pública estão na Lei n. 7.347/1985, aplicando-se o CPC, tão-somente, de forma subsidiária. Daí porque se dizer que a regra do recebimento da apelação contra sentença proferida em seu âmbito é apenas no efeito devolutivo; podendo ou não o juiz conferir o efeito suspensivo diante do caso concreto, como especifica o art. 14 da referida Lei.

Não existe erro no acórdão recorrido, na medida em que o recurso de apelação da União foi recebido apenas no efeito devolutivo e, como se viu, é permitido ao magistrado assim proceder em sede de ação civil pública. E ainda, por outro lado,

nenhum recurso foi interposto contra este juízo de admissibilidade da apelação, razão pela qual preclusa ficou a matéria, não podendo a recorrente, agora, por vias transversas, buscar o efeito suspensivo.

3. *O Ministério Público Federal é o autor da ação civil pública e da execução provisória. Ao querer executar provisoriamente a condenação, age no exercício regular de seu direito, ou melhor, no exercício regular da tutela dos direitos difusos e coletivos.*

4. *É de se ver, ainda, que o não-cabimento da execução provisória deve estar espelhado nas hipóteses em que impossível a antecipação dos efeitos da tutela ou o deferimento de liminares contra a Fazenda Pública, como, por exemplo, nas hipóteses do art. 2º-B da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-32/2001, que elenca decisões que tenham por objeto liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos.*

5. Também o STJ, soberano na interpretação da legislação infraconstitucional, não toma por incompatível a execução provisória contra a Fazenda Pública com o sistema de precatórios, desde que se trata de quantia incontroversa. Precedente da Corte Especial (REsp n. 721.791-RS).

6. Não pode a União inovar em sua tese para tentar discutir, especificamente e de modo isolado, a regra do art. 100, § 1º, da CF, que, ainda por cima, traduz questão de natureza eminentemente constitucional, não passível de conhecimento em sede de recurso especial.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 436.647-RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26.8.2008, DJe 7.11.2008 - grifei).

No caso dos autos, o Tribunal de origem resolveu afastar a necessidade de contracautela por força da aplicação das regras próprias do CPC e não por se tratar de processo coletivo.

O Tribunal aplicou a regra do art. 475-O, § 2º, I, do CPC, concluindo pela presença dos requisitos que permitem o afastamento da caução em execução provisória, quais sejam: (i) crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, (ii) crédito de até 60 (sessenta) salários mínimos e (iii) exequentes em estado de necessidade.

A propósito, não competiria a este Tribunal avaliar se, de fato, encontram-se presentes tais requisitos, considerando o óbice da Súmula n. 7-STJ.

Cumprido ao STJ, no entanto, avaliar a aplicação, ao processo coletivo, da regra que dispensa a necessidade de caução, em execução provisória.

À luz da interpretação sistemático-teleológica, parece-me que, no caso concreto, a melhor solução seria permitir o levantamento das quantias em dinheiro sem a prestação de contracautela, considerando a situação de cada um dos beneficiários individualmente. Isso porque, se ao invés de uma execução provisória coletiva fossem ajuizadas diversas demandas individuais, seria possível, a cada um dos substituídos, o cogitado levantamento sem o oferecimento de caução, atendidos os requisitos do art. 475-O, § 2º, I, do CPC.

Cumpra, a propósito, reportar ao precedente da Segunda Seção no qual se discutiu exatamente o pagamento de indenizações em favor de pescadores em execuções provisórias individuais, decorrentes de derramamento de óleo causado pela *Petrobrás* no Estado do Paraná. Como se vê, o suporte fático é muito semelhante ao do presente feito. O recente julgado está assim ementado:

Recurso especial. Rito do art. 543-C do CPC. Vazamento de oleoduto da Petrobrás que impossibilitou a pesca na Baía de Antonina-PR. Indenização. Execução provisória. Presença dos requisitos do art. 475-O, § 2º, I, do CPC. Levantamento de valores independentemente de caução. Possibilidade. Precedentes.

1 - Nas execuções provisórias nas ações de indenização pelo vazamento do oleoduto Olapa, que impossibilitou a pesca na Baía de Antonina e adjacências, mas também aplicáveis a outros casos de acidentes ambientais semelhantes, é permitido ao juiz da execução, diante da natureza alimentar do crédito e do estado de necessidade dos exequentes, a dispensa da contracautela para o levantamento do crédito, limitado, contudo, a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo (art. 475-O, § 2º, I, CPC).

2 - Na linha dos precedentes desta Corte Superior de Justiça, é possível deferir o levantamento de valor em execução provisória, sem caucionar, quando o Tribunal local, soberano na análise fática da causa, verifica, como na hipótese, que, além de preenchidos os pressupostos legais e mesmo com perigo de irreversibilidade da situação, os danos ao exequente são de maior monta do que ao patrimônio da executada.

3 - Refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Enunciado n. 7 de sua Súmula, qualquer pretensão de análise das condições econômicas das partes envolvidas.

4 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp n. 1.145.353-PR, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 25.4.2012, DJe 9.5.2012).

Portanto, a premissa é a aplicação, para o processo coletivo, das disposições contidas no CPC. Sendo assim, em regra há necessidade de caução na execução provisória. Mas, desde que presentes os requisitos legais (CPC, art. 475-O, § 2º, I), aplica-se a exceção, afastando-se a exigência de contracautela. Do contrário, seria mais conveniente, no caso, o ajuizamento de diversos processos individuais e não de um único processo coletivo.

A tutela coletiva deve ser prestigiada como forma de garantir a efetividade do acesso à justiça.

Em situações da espécie, não permitir o levantamento de valores em dinheiro sem contracautela, levando-se em conta a situação individual de cada beneficiário, implica, ao meu ver, conferir menor efetividade ao processo coletivo em relação ao individual, o que contraria os benfazejos propósitos da tutela coletiva.

Nesse sentido, oportuna a lição de CAPPELLETTI a propósito das “ondas do acesso à justiça”, sendo a segunda onda aquela que se refere ao fim dos entraves à tutela coletiva (*Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Safe, 1998, p. 49 e ss.).

KAZUO WATANABE, a respeito do tema, em passagem que pode ser considerada clássica, preleciona (et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 729):

A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação (...).

Por tais motivos, concluo pela possibilidade de execução provisória em processo coletivo, com a aplicação das regras do CPC. Presentes os três requisitos (destinatários em estado de necessidade, crédito alimentar e em valor de até sessenta salários mínimos, nos termos do CPC, art. 475-O, § 2º, I), será possível a execução provisória, excepcionalmente sem prestação de contracautela.

No mais, no cotejo entre o risco de irreversibilidade da medida, na hipótese de levantamento de quantias em dinheiro sem caução, e aquele decorrente da necessidade alimentar dos destinatários da ação coletiva, entendo deva prevalecer o interesse do hipossuficiente. Assim, considero maior o risco da irreversibilidade reversa (tema analisado por esta Corte, cf. REsp n. 1.078.011-SC, Relator Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe 24.9.2010, e

REsp n. 417.005-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 19.12.2002, p. 368). No mesmo sentido, a manifestação do Ministério Público Federal (e-STJ fl. 1.417):

Acrescente-se que a análise do requisito da irreversibilidade da medida antecipatória deve levar em conta o resultado desastroso para ambas as partes: se concedê-la torna-a irreversível para a ré, mas negá-la também causa à outra parte prejuízo irreparável, dado o caráter alimentar reconhecido aos valores provisoriamente executados em favor dos pescadores, a solução adequada é aquela que preserva a vida sob a luz do princípio da dignidade humana.

Destaco, finalmente, não ter sido objeto do recurso especial a forma do procedimento liquidatório, o rol de beneficiários e as condições de sua habilitação como tal, o que deverá ser definido pelo juízo de origem e, se for o caso, submetido aos recursos processuais correspondentes. Nesse sentido, cabe reproduzir trecho da ementa dos terceiros embargos de declaração, em que o TJBA registra ser o juízo de primeiro grau o foro competente para essa discussão (e-STJ fl. 1.249):

(...) Exame das impugnações feitas à relação dos pescadores substituídos. Impossibilidade. Supressão de instância.

Quanto às impugnações feitas pela Petrobrás, devem ser apreciadas pelo juízo de origem, que, analisando os argumentos sustentados pela parte acionada, poderá acolher, ou não, tais impugnações, não cabendo tal exame ser efetivado por essa Corte de Justiça sob pena de supressão de instância.

Diante do todo o exposto, *conheço parcialmente* do recurso especial e, nesse ponto, *nego-lhe provimento*, para manter a decisão de origem.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial, interposto por Petróleo Brasileiro S.A. - *Petrobras* contra acórdão do TJBA que determinou, em sede de agravo de instrumento, a retomada da execução provisória de antecipação de tutela concedida em ação civil pública, autorizando o levantamento de quantias de caráter alimentar independentemente de caução.

O eminente relator, Min. Antonio Carlos Ferreira, votou no sentido de conhecer em parte o recurso especial, negando-lhe provimento.

Iniciados os debates pedi vista dos autos.

Acompanho o relator.

Na espécie, são duas ações cíveis públicas, reunidas por continência, nas quais se visa à reparação de danos causados aos pescadores atingidos por decorrência de vazamento de óleo no litoral do Estado da Bahia, uma vez que restaram impedidos de desenvolver atividade de sua subsistência por força do desastre ecológico.

O Tribunal de origem, ao determinar a reunião dos feitos, restabeleceu tutela antecipatória, de molde a determinar o pagamento de pensão mensal aos pescadores atingidos, na ordem de R\$ 500,00 ao mês. Outrossim, após julgamento de sucessivos embargos declaratórios, autorizou o levantamento das quantias independentemente de caução.

No seu recurso especial, a Petrobrás sustenta a nulidade do acórdão de segunda instância, por vício formal, pois restou proferido à míngua de apresentação de contrarrazões e sem intimação para data do respectivo julgamento. Sobre tais matérias, o eminente relator as rechaça, no que o acompanho, asseverando que a posterior oposição de sucessivos embargos declaratórios acabou por sanar as máculas apontadas, mormente diante da circunstância de não ter a recorrente apontado prejuízo concreto a determinar a nulidade dos atos processuais. Privilegia-se, assim, o princípio da instrumentalidade das formas, consubstanciado no brocardo *le pass de nulite sans grief*.

De outro turno, acompanho também o relator no tocante à possibilidade de autorização do levantamento dos valores fixados a título de pensão mensal aos pescadores, em sede de tutela antecipada em ação civil pública.

Como bem ponderou o eminente Ministro Antonio Carlos Ferreira, embora a ação civil pública potencialize a necessidade de a ré arcar com vultosos valores para fazer frente à tutela antecipada, forçoso é convir que o mesmo efeito seria alcançado se cada qual dos pescadores ajuizasse demanda individual buscando a reparação dos danos a si ocasionados. A finalidade da ação civil pública, ademais, é justamente essa, a de concentrar em apenas um processo coletivo a possibilidade de reparação de danos que atingem uma gama indeterminada de pessoas, ligadas por laço fático comum.

Além disso, importante observar que, para proceder ao levantamento de valores, cada um dos pescadores atingidos pela catástrofe deverá habilitar-se

em juízo e fazer prova dos danos que sofreu, para se beneficiar da execução provisória instaurada a partir do comando antecipatório, havendo, nessa oportunidade, necessário crivo judicial, o que autoriza o levantamento das quantias sem prestação de caução, caso preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 475-O do CPC.

Do exposto, acompanho o relator, conhecendo em parte e negando provimento ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. A Federação de Pescadores e Aquicultores do Estado da Bahia ajuizou ação de reparação de danos em face de Petróleo Brasileiro S.A. - *Petrobras*. Narra que, por decorrência de problemas técnicos em uma bomba da Refinaria Ladulpho Alves, em abril de 2009, houve derramamento de óleo e detritos derivados de petróleo no mar, não contidos pela demandada, atingindo as comunidades de São Francisco do Conde, Além de Madre de Deus, Saubara, Santo Amaro da Purificação e São Sebastião do Passé-BA. Afirma que o derramamento ocasionou a mortandade de animais marinhos e contaminou peixes e mariscos, tornando-os impróprios para a pesca e consumo. Sustenta que, a par do dano ambiental, houve prejuízo econômico para os seus associados, inclusive no que tange ao material de trabalho dos pescadores, que sofreu avarias. Requer seja a ré condenada a efetuar depósitos mensais fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais) por cada um dos substituídos processuais, a título de antecipação de tutela, e a procedência dos pedidos exordiais para condenar a ré a reparar danos materiais e morais. (fls. 11-37)

O Juízo da 6ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador, inicialmente, concedeu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à ré o pagamento mensal, a cada um dos trabalhadores substituídos, o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais - fls. 90 e 91).

Em seguida, porém, examinando petição da requerida, o mesmo Juízo revogou a liminar que fora concedida, e ordenou a remessa dos autos para o Juízo da Comarca de São Francisco do Conde, onde fora ajuizada, pela Colônia de Pescadores Z-05 de São Francisco do Conde, outra ação coletiva envolvendo o mesmo acidente (fls. 250 e 251).

Inconformada com a decisão, interpôs a Federação de Pescadores e Aquicultores do Estado da Bahia agravo de instrumento (fls. 3-37) para o

Tribunal de Justiça da Bahia que, após a concessão, pelo relator, de efeito suspensivo, deu provimento ao recurso, em decisão assim ementada:

Agravo de instrumento. Processo Civil. Alegação de conexão na origem. Hipótese de continência. Art. 104 do CPC. Preservação da competência do juízo perante o qual tramita a demanda mais abrangente. Restituição de decisão antecipatória revogada. Art. 273 do CPC. Fixação de alimentos. Necessidade de caução idônea. Art. 475-O, III c.c. o art. 273, § 3º, ambos do CPC. Agravo conhecido e provido.

- Nos termos do art. 104 do CPC, "Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras" (sic).

- Se propostas, perante juízos de competência territorial distinta, ações indenizatórias contra uma mesma causa de pedir, será competente o Órgão Jurisdicional que recepcionar a ação com pedido mais abrangente.

- Com a revogação da decisão que declinou competência do Juízo para processar ação indenizatória, restabelecem-se, de pronto, os efeitos de decisão antecipatória da tutela jurisdicional editada na forma do art. 273 do CPC.

- Reconhecida competência de Órgão Judicante e restituída decisão antecipatória de tutela jurisdicional (art. 273, *caput* e I - CPC) na qual se tenha fixado obrigação alimentar de grande monta, se faz necessária a oferta de caução, na forma do art. 475-O, III, do CPC, aplicável à espécie (art. 273, § 3º - CPC), pelo alimentando ou seu substituto processual.

- *Agravo conhecido e provido.*

Após rejeição de dois embargos de declaração anteriores opostos pelas partes, foram opostos terceiros aclaratórios, parcialmente acolhidos com efeito modificativo para dispensar a prestação de caução para levantamento da quantia concedida em antecipação de tutela e limitar o pagamento mensal ao período de 1 (um) ano.

Interpôs a *Petrobras* recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, sustentando omissão, divergência jurisprudencial e violação aos artigos 104, 106, 244, 273, 475-O, 527, 535 e 552 do Código de Processo Civil.

Alega que: a) opôs embargos de declaração em face da decisão do relator na origem, que concedeu efeito suspensivo ativo ao agravo de instrumento, todavia, antes mesmo da juntada de sua contraminuta ao agravo de instrumento, foi levada à publicação a intimação da inclusão do recurso em pauta de julgamento; b) sustenta que tal procedimento não corresponde à intimação de pauta de

juízo de julgamento do agravo de instrumento, que exige publicação específica; c) mesmo não sendo também possível fazer sustentação oral em julgamento de agravo de instrumento, poderia ter procedido à prévia distribuição de memoriais e feito uso da possibilidade conferida pela lei e pelo regimento da Corte local, no sentido de esclarecer questões de fato e de ordem; d) há conexão, sendo o Juízo da Comarca de São Francisco do Conde o que primeiro despachou e procedeu à citação, descabido cogitar em continência, pois esta ocorre entre causas que tenham partes idênticas e mesma causa de pedir, porém uma tenha um objeto mais abrangente; no caso, as partes são distintas e a causa de pedir idêntica; e) desde o primeiro acórdão, a Corte local reconheceu a necessidade de prestação de caução para que se fizesse o levantamento de valores, não podendo ter sido revista essa decisão, desconsiderando a irreversibilidade da medida, a insegurança quanto à área que foi atingida pelo acidente e “a inexistência de prova acerca da subsistência dos substituídos pelo extrativismo marinho”; f) não houve omissão que pudesse ensejar a atribuição de efeito modificativo aos embargos de declaração opostos pelos recorridos, que foram acolhidos em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil; g) o artigo 273 do Código de Processo exige prova inequívoca para a concessão de antecipação de tutela, todavia o próprio acórdão dos segundos aclaratórios reconhece que a área efetivamente atingida só será conhecida com segurança após a realização de perícia técnica; h) não se pode determinar pensionamento, envolvendo o depósito de quantias vultosas que suplantam o valor de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), “e ao mesmo tempo reconhecer inexistente nos autos provas da necessidade e da atividade pesqueira como a base de sustento familiar”.

O recurso especial foi admitido.

Opina o Ministério Público Federal pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, pugna seja “desprovido”.

As partes manifestaram-se nos autos às fls. 1.423-1.465, 1.475-1.477 e 1.482-1.496.

O eminente Ministro Antonio Carlos Ferreira, relator, concluiu que não há nulidade sem prejuízo, esclarecendo que foi observado o contraditório e ampla defesa no julgamento dos recursos pelo Tribunal *a quo*. Aduziu que, no caso, o julgado seguiu a jurisprudência da Corte Superior ao reconhecer a continência, o que, ademais, é impossível de ser alterado, diante das conclusões fáticas obtidas pela instância ordinária. Afirmou, também, que é adequado o levantamento da verba alimentar sem a prestação de caução, preenchidos os requisitos do artigo 475-O, parágrafo 2, I, CPC, aplicável à hipótese.

É o relatório, além daquele apresentado pelo eminente Relator.

2. Preliminarmente, cumpre observar que, embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição Federal, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional, ainda que para viabilizar a interposição de recurso extraordinário:

Processual Civil. Embargos de declaração. Art. 557 do CPC. Recurso em confronto com súmula e jurisprudência do STJ. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Rediscussão da matéria de mérito. Impossibilidade. Prequestionamento para fins de interposição de recurso extraordinário. Inviabilidade. Acolhimento parcial.

[...]

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes.

(EDcl no AgRg no REsp n. 886.061-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.8.2009, DJe 27.8.2009).

3. Consigno que, de fato, houve julgamento do agravo de instrumento interposto pela ora recorrida, sem que tivesse sido publicada pauta específica para o recurso, e também não houve a apreciação da contraminuta oferecida pela ora recorrente.

Todavia, como bem alinhavado no voto do eminente Relator, Ministro Ferreira, subsistiria a nulidade apenas se o colegiado local tivesse encerrado a prestação jurisdicional com aquele julgamento. No caso, não houve prejuízo à parte, pois as razões deduzidas pela ora recorrente em sua contraminuta foram apreciadas nos aclaratórios opostos, sendo certo que, como reconhecido no recurso especial, o regimento interno do Tribunal de origem não confere a possibilidade de ser produzida sustentação oral, em sede de julgamento de agravo de instrumento.

Nesse passo, Luis Guilherme Aidar Bondioli, invocando o princípio da instrumentalidade das formas consagrado no artigo 244 e 249, § 1º, do CPC, propugna que a análise de eventual nulidade processual, à luz do Código de Processo Civil, é apoiada fortemente nas ideias de finalidade e prejuízo, de modo que “sempre que os elementos do caso concreto indicarem que os atos e acima de tudo o processo alcançaram seu fim e que a imperfeição detectada não

trouzer danos para o exercício da jurisdição nem para os interesses tutelados, não há lugar para a decretação de nulidade (*pas de nullité sans grief*)”:

A Lei n. 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, foi responsável pela inserção do § 4º no art. 515: “constatando a ocorrência de nulidade sanável, o Tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá no julgamento da apelação”. *Essas idéias já informavam o sistema processual civil nacional e ganharam maior realce, com o objetivo de incentivar os pronunciamentos acerca do meritum causae e contornar eventuais desvios que o processo possa ter sofrido em sua rota, desde que eles não prejudiquem a sua chegada ao destino final.*

[...]

*Das diretrizes postas pelo Código de Processo Civil extrai-se a essência do sistema das nulidades processuais, apoiada fortemente nas idéias finalidade e prejuízo. No âmbito processual, essas idéias devem levar em conta a razão de ser da forma, os interesses protegidos, os objetivos a serem atingidos pelos atos e o escopo central do processo, caracterizado pela justa solução das controvérsias. Sempre que os elementos do caso concreto indicarem que os atos e acima de tudo o processo alcançaram seu fim e que a imperfeição detectada não trouzer danos para o exercício da jurisdição nem para os interesses tutelados, não há lugar para a decretação de nulidade (pas de nullité sans grief). É o espírito da instrumentalidade das formas (art. 244). (BONDIOLLI, Luis Guilherme Aidar. **O Novo CPC**: a terceira etapa da reforma. São Paulo: Saraiva, 2006, ps. 183-186).*

Esta é a jurisprudência do STJ:

Processual Civil. Embargos de declaração. Recurso especial. Necessidade de intimação. Curadoria especial. Nulidade. Exigência de prejuízo.

- Mostra-se inviável e incompatível à finalidade instrumental e satisfativa do processo a anulação do acórdão, cuja ausência de prejuízo é evidente.

- O princípio norteador das nulidades processuais é aquele haurido do direito francês, segundo o qual não há de ser declarada qualquer nulidade se ausente efetivo prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

- Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp n. 1.087.163-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.10.2011, DJe 24.10.2011).

Processo Civil. Recurso especial. Execução. Falecimento de litisconsorte. Suspensão do processo. Nulidade relativa. Ausência de prejuízo.

1. A inobservância do artigo 265, I, do CPC, que determina a suspensão do processo a partir da morte da parte, enseja apenas nulidade relativa, sendo

válidos os atos praticados, desde que não haja prejuízo aos interessados, sendo certo que tal norma visa preservar o interesse particular do espólio e dos herdeiros do falecido.

2. Nessa linha, somente a nulidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada, o que não ocorreu no caso sob exame, consoante consignado pelo Tribunal de origem.

3. Recurso especial não provido.

(REsp n. 959.755-PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17.5.2012, DJe 29.5.2012).

Processual Civil. Recurso especial. Execução. Embargos à execução. Prevenção. Prejudicialidade externa. Não-ocorrência. Excesso de execução. Memória de cálculo. Emenda à inicial. Possibilidade. Recebimento dos embargos. Nulidade do processo a partir da decisão que não recebeu os embargos à execução quanto ao alegado excesso de execução. Recurso parcialmente provido.

[...]

2. Deve a parte comprovar a existência de prejuízo na não obediência das regras de prevenção, porquanto deve prevalecer o princípio *pas de nullité sans grief*.

[...]

(REsp n. 1.224.215-PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 1º.9.2011, DJe 22.9.2011).

4. No que tange à tese de que não há continência, mas sim conexão, cumpre anotar o que o acórdão recorrido dispôs:

Apesar de figurarem no pólo passivo de ambas as demandas indenizatórias propostas em face da *Petrobrás S/A*, entidades associativas e sindicais distintas, ambas agiam e agem na condição de substitutas processuais dos pescadores e marisqueiras.

Assim sendo, caso se admita a identidade entre causa de pedir, seria forçoso reconhecer que a demanda proposta pela ora Agravante detém um pólo ativo mais amplo e abrangente que àquela outra manejada pela Colônia de Pescadores de São Francisco do Conde.

Neste aspecto, em sendo a regra aplicável aquela prevista no art. 104 do Código de Processo Civil, em lugar do comando inserto no art. 106 do Código de Ritos, a eventual reunião de ações deveria se dar perante o Juízo que recepcionou a causa mais abrangente.

Tanto é assim que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a interpretação e unidade do Direito Federal, já reconheceu que “*Se há duas ações*

com continência por uma, a causa maior, causa continente, sempre chamará para si a competência, sem ter de prevenir” (STJ - 3ª Turma, REsp n. 681.740, ED-DEcl, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 5.2.2007).

Dessa forma, ao revés do quanto sustentado pelo Magistrado de piso, além da questão processual ter sido regida pela norma inserta no art. 104 do Código Instrumental, sequer poderia se falar em aplicação da norma disposta no art. 106 do Estatuto Processual por não se tratarem de juízos com mesma competência territorial.

[...]

Seja como for, o certo é afirmar que a ação proposta pela ora agravante perante o Juízo da 6ª Vara dos Feitos Cíveis, na defesa do interesse de pescadores dos Municípios de São Francisco do Conde, Além de Madre de Deus, Candeias, Saubara, Santo Amaro da Purificação e São Sebastião do Passe é muito mais ampla que a outra demanda proposta perante o Juízo da Comarca de São Francisco do Conde pela Colônia de Pescadores Z-05.

Desse modo, há que se reconhecer a ocorrência do fenômeno da continência, sendo continente o Juízo da 6ª Vara dos Feitos Cíveis da Comarca do Salvador, motivo pelo qual perante este órgão jurisdicional haverá de tramitar a ação proposta pela ora agravante em face da empresa agravada. (fls. 313-314).

Com efeito, não merece acolhida a irresignação, pois, conforme decidido em precedente da Terceira Seção, relativo ao RMS n. 24.196-ES, relatado pelo Ministro Felix Fischer, em ações coletivas, para o reconhecimento da litispendência, deve-se levar em conta os beneficiários da tutela pleiteada e não o substituto processual que figura no pólo ativo, para fins de verificação da identidade de partes no processo, de modo que, no caso, está caracterizada a identidade de partes:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Ação coletiva. Direitos coletivos. Impetração de dois mandados de segurança por duas entidades representativas da mesma categoria profissional. Mesma causa de pedir. Identidade parcial de pedidos. Continência.

Configuração.

I - O aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo simples exame das partes que figuram no pólo ativo da demanda. Assim, impetrados dois mandados de segurança por associação e por sindicato, ambos representantes da mesma categoria profissional, os substituídos é que suportarão os efeitos da decisão, restando, assim, caracterizada a identidade de partes.

II - Em face da identidade parcial de pedidos, em razão de um ser um mais abrangente que o outro, configura-se a continência, que é espécie de litispendência parcial.

III - Inviável, porém, a reunião de processos, tendo em vista que já julgado um deles (Súmula n. 235-STJ), impondo-se, por conseqüência, a extinção parcial do presente *writ* na parte em que apresenta o mesmo pedido.

Recurso ordinário parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos ao e. Tribunal *a quo*, para que julgue o *mandamus*.

(RMS n. 24.196-ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13.12.2007, DJ 18.2.2008, p. 46).

No que tange à alegação de inexistência dos demais requisitos relacionados à configuração da continência, é bem de ver que, consoante remansosa jurisprudência do STJ lembrada pelo arguto voto do Relator, não cabe na via especial analisar se, de fato, o objeto de uma ação é mais amplo, de modo a abranger a outra, assim como se há identidade da causa de pedir das ações, pois exige o reexame de provas, vedado pela Súmula n. 7-STJ:

Processual Civil. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Súmula n. 284-STF. Ressarcimento ao SUS. Continência reconhecida pelo Tribunal de origem. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade.

Súmula n. 7-STJ. Tunep. Matéria fático-probatória.

[...]

2. O Tribunal de origem, com amparo nos elementos fático-probatórios, reconheceu a continência disciplinada no art. 104 do CPC. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula n. 7-STJ.

3. O exame da tese de que a tabela Tunep contém valores não correspondentes aos de mercado esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ.

Precedentes do STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.310.544-RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26.6.2012, DJe 1º.8.2012).

Tributário. Processual Civil. Continência. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Art. 97 do CTN. Princípio da legalidade tributária. Repetição de dispositivo constitucional. Vedada apreciação em recurso especial. Matéria constitucional. Competência do STF.

1. A apreciação da suposta violação do art. 104 do CPC exige o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos para aferir as circunstâncias caracterizadoras da continência, ou seja, a identidade das partes, causa de pedir, e se o objeto de uma abrange o da outra. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Precedentes.

[...]

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.176.217-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2.9.2010, DJe 22.9.2010).

5. No que tange à afirmação de que, desde o primeiro acórdão, a Corte local reconheceu a necessidade de prestação de caução para que se fizesse o levantamento de valores - não podendo ter sido revisto esse entendimento -, cabe observar que, como é cediço, os embargos de declaração constituem recurso que visa sanar eventual omissão, contradição, obscuridade, erro material, podendo ser utilizado também com o fito de prequestionamento, propiciando o aprimoramento da prestação jurisdicional:

Processual Civil. Embargos de declaração. Ofensa ao art. 535 do CPC configurada. Existência de erro material na ementa do agravo regimental. Repetição de indébito. Tributo lançado por homologação. Prescrição. Não ocorrência. Aplicação da tese dos "cinco mais cinco". Desnecessidade. Embargos acolhidos com efeito modificativo.

1. Estando presentes contradição, omissão, obscuridade ou erro material, merecem acolhida os Embargos de Declaração, ainda que tenham conteúdo infringente. Presença de erro material e omissão na decisão que acabou por contaminar o julgamento em Agravo Regimental.

[...]

6. Embargos de Declaração acolhidos com efeito modificativo.

(EDcl no AgRg no REsp n. 1.178.333-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.8.2012, DJe 3.9.2012).

Nessa linha, tendo a Corte local se omitido a respeito da apreciação de dispositivo processual aplicável ao caso, é cabível o manejo de embargos de declaração, propiciando o aprimoramento da prestação jurisdicional, não havendo falar em violação ao artigo 535 do CPC, decorrente do acolhimento dos aclaratórios, com efeitos modificativos.

Ademais, não faria sentido a Súmula n. 98-STJ reconhecer a possibilidade de oposição de embargos de declaração para prequestionamento, isto é, de

propiciar à Corte de origem o enfrentamento de matéria de direito e, mesmo constatando o colegiado o equívoco quanto à observância ou aplicação de norma, não pudesse repará-lo.

Esta é a lição da doutrina:

Além da omissão, obscuridade e contradição, os embargos de declaração, como bem demonstra Luís Eduardo Simardi Fernandes, vêm sendo admitidos para a correção de erros materiais, pois ao juiz se permite, de ofício ou a requerimento, corrigir erros ou inexatidões materiais (CPC, art. 463), não havendo, em princípio, óbice em aceitar que tais erros sejam demonstrados em embargos declaratórios. Segundo o art. 463, I, CPC, somente se permite a atuação oficiosa do magistrado, após a prolação de sentença, que encerra a sua atividade, para corrigir-lhe inexatidões materiais ou lhe retificar cálculos. Cabem, pois, embargos de declaração por erro material, podendo ser justificados pela omissão.

Há uma tendência jurisprudencial de ampliação do cabimento dos embargos de declaração, admitindo-os para dar ensejo à correção de “equivocos manifestos”, além do erro material, tais como erro de fato e até decisão *ultra petita*.

[...]

Na verdade, os embargos de declaração cabem de *qualquer* ato judicial, mesmo quando a lei o qualifique como *irrecorrível*. No particular, cumpre ceder a palavra a José Carlos Barbosa Moreira, segundo quem: “Tampouco importa que a decisão definitiva ou não, final ou interlocutória. Ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, a qualifique de ‘irrecorrível’, há de entender-se que o faz com ressalva implícita concernente aos embargos de declaração”.

[...]

Há, então, dois tipos de decisão omissa: a) aquela que não examinou um pedido (*questão principal*); b) a que não examinou algum fundamento/argumento/questão que tem aptidão de influenciar no julgamento do pedido (**questão incidente**), que efetivamente ocorreu.

Percebeu o ponto Vallisney de Souza oliveira, classificando a omissão em *total* e *parcial*:

[...]

Situação diversa é a da decisão que, examinando um pedido, deixa de examinar uma questão indispensável à sua solução, que tenha sido suscitada ou que seja questão cognoscível *ex officio*. Nesse caso, há decisão, com um defeito que compromete a sua validade, em razão da ofensa ao aspecto substancial da garantia do contraditório (foi possível alegar a questão, mas, em razão da omissão judicial, a alegação mostrou-se inútil), ao direito fundamental de acesso aos Tribunais (o órgão judicial deixou de examinar uma questão que foi suscitada, conduta que caracteriza denegação de justiça) e à exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/1988).

Ambas as omissões podem ser sanadas com a oposição de embargos de declaração. A dúvida é: e se não forem opostos os embargos de declaração, qual deve ser a postura do Tribunal ao constatar a omissão na decisão judicial?

No primeiro caso, *não* deve o Tribunal invalidar a decisão. Como visto, não há o que ser invalidado; deve o Tribunal determinar que o Juízo *a quo* complete o julgamento, decidindo o pedido não examinado.

[...]

O segundo problema é de mais fácil solução.

[...]

Assim, o Tribunal, ao constatar que não houve exame de um dos fundamentos ou de alguma questão relevante que tenha sido suscitada, ou mesmo uma questão cognoscível *ex officio* (que não precisa ter sido suscitada), deve ele próprio examinar essas questões, não sendo o caso de devolução dos autos ao Juízo *a quo*. (DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2009, ps. 184-202).

Trata-se de um recurso cuja existência advém do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Essa conclusão decorre da análise histórico-sistemática de seu objetivo, que é o de esclarecer ou integrar os pronunciamentos judiciais.

[...]

Muito se discute, na doutrina, se os embargos de declaração são, ou não, um recurso. Não pretendemos entrar nesse debate porque, a nosso ver, trata-se de discussão predominantemente acadêmica.

[...]

Todo e qualquer pronunciamento jurisdicional pode ser objeto de embargos de declaração: decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos. Nesse sentido caminha a maioria dos doutrinadores, tendo sido apresentadas algumas restrições inadequadas pelos Tribunais. Restrições aos embargos declaratórios serão sempre inadequadas em função, justamente, das raízes constitucionais desse recurso.

[...]

Há também os chamados embargos de declaração prequestionadores, destinados a completar o acórdão de que se pretenda recorrer pela via extraordinária (recurso especial e/ou recurso extraordinário), sempre que faltem elementos indispensáveis à admissibilidade e conhecimento de quaisquer desses dois recursos, pelos Tribunais Superiores. Há casos em que a questão de lei federal ou constitucional foi devidamente suscitada no curso do processo, mas o acórdão deixa de examiná-la expressamente, ou casos em que essas questões surgem apenas no julgamento do acórdão.

[...]

Teresa Arruda Alvim Wambier (*Omissão judicial e embargos de declaração*, p. 16 a 18) sustenta poder-se afirmar, hoje, sem qualquer dúvida, que “os embargos de

declaração têm raízes constitucionais. Prestam-se a garantir o direito que tem o jurisdicionado a ver seus conflitos (*lato sensu*) apreciados pelo Poder Judiciário. As tendências contemporaneamente predominantes só permitiriam entender que este direito estaria satisfeito sendo efetivamente garantida ao jurisdicionado a prestação jurisdicional feita por meio de decisões claras, completas e coerentes *interna corporis*". (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. I, ps. 651-654).

6. Outrossim, no que tange à alegação de que a decisão recorrida não continha os requisitos necessários à concessão da antecipação dos efeitos da tutela, pois, segundo alegado, há insegurança quanto à área atingida pelo acidente e, também, a afirmação de "inexistência de prova acerca da subsistência dos substituídos pelo extrativismo marinho", como observado pelo eminente Relator, a apreciação dessas teses demanda o reexame de provas, obstado pela Súmula n. 7-STJ.

7. Ademais, o Tribunal de origem aplicou o artigo 475-O, § 2º, I, do Código de Processo Civil para admitir, antes mesmo do julgamento do mérito, o levantamento de crédito de natureza alimentar, no valor mensal de R\$ 500,00 (quinhentos reais) ao longo de um período limitado de um ano, sem necessidade de caução.

Conforme reiterados precedente do STJ, a tutela antecipada efetiva-se via execução provisória:

Processual Civil. Administrativo. Ação popular. Placas instaladas em obras públicas contendo símbolo de campanha política. Remoção. Antecipação de tutela cominação de multa diária. Astreintes. Obrigação de fazer. Incidência do meio de coerção. Art. 461, § 4, do CPC. Multa cominada em decisão interlocutória.

Execução. Custas judiciais. Isenção. Divergência indemonstrada.

1. A tutela antecipada efetiva-se via execução provisória, que hodiernamente se processa como definitiva (art. 475-O, do CPC).

[...]

8. A admissão do Recurso Especial pela alínea **c** exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas. Precedente desta Corte: AgRg nos EREsp n. 554.402-RS, *Corte Especial*, DJ 1º.8.2006.

9. Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.098.028-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 9.2.2010, DJe 2.3.2010).

Menciona-se o precedente, relativo ao REsp n. 952.646-SC, assim ementado:

Processo Civil. Antecipação dos efeitos da tutela. Exigência de caução, com fundamento no art. 273, § 3º, do CPC. Remissão feita, pela lei, ao art. 588 do CPC, que foi revogado pela reforma promovida pela Lei n. 11.232/2005. Alegação de impossibilidade de exigência de caução não acolhida. Dispositivo que foi meramente deslocado, do art. 588 para o art. 475-O, do CPC. Hipótese em que, ademais, é da natureza dos provimentos não-definitivos a possibilidade de causar dano à parte contrária, do que exurge a possibilidade de exigência de caução. Recurso não conhecido.

- A prévia propositura de medida cautelar pelo recorrente e seu deferimento, pela Relatora, nesta Corte, não vinculam a decisão a ser tomada por ocasião do julgamento do recurso especial. O julgamento de medidas cautelares se dá com base em cognição sumária e provisória dos fatos e elementos da causa. O Recurso Especial é julgado mediante cognição exauriente e definitiva, o que pode levar o julgador à revisão de seu posicionamento inicial.

- A revogação do art. 588 do CPC, pela Lei n. 11.232/2005, não leva à perda de eficácia da remissão feita a ele pelo art. 273, § 3º do CPC. A revogação desse dispositivo foi meramente formal, já que a regra nele contida, do ponto de vista substancial, continua presente no art. 475-O do Código, com redação quase idêntica. Assim, a interpretação teleológica do CPC recomenda que remissão feita a um dispositivo, seja lida como se indicasse o outro.

- Não há incompatibilidade entre o procedimento da antecipação de efeitos da tutela, e a exigência de caução. Apesar de o art. 475-O mencionar, apenas, a execução provisória do julgado, sua proteção deve ser estendida, "no que couber", aos provimentos antecipatórios.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 952.646-SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 4.8.2009).

Nesse citado precedente, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, Sua Excelência dispôs:

O art. 588 não foi simplesmente revogado do Direito Processual Civil brasileiro. Ele foi, na verdade, reposicionado. A regra que, antes, encontrava-se no art. 588, hoje está no art. 475-O do CPC. As diferenças entre o que está disposto em um e outro artigos são mínimas e não prejudicam a extensão do procedimento ali regulado às hipóteses de antecipação de tutela.

Naturalmente, teria sido mais conveniente que o legislador, na ampla reforma empreendida pela Lei n. 11.232/2005, tivesse corrigido a remissão feita pelo art.

273. Porém, esse não foi o único lapso contido na reforma. Há muitos outros defeitos, notadamente que diz respeito às remissões a dispositivos, a numerações e a uniformidade de nomenclaturas. Todos esses lapsos, porém, notadamente quando se trata meramente de uma remissão legal, como a feita pelo art. 273, não podem prejudicar todo sistema, paralisando o intérprete e o jurisdicionado. A lei processual tem de ser interpretada teleologicamente, e é possível deduzir, perfeitamente, na hipótese dos autos, qual a solução que todo o sistema indica: a caução permanece exigível, e a remissão feita pelo art. 273, § 3º, ao art. 588 do CPC, deve ser lida como uma remissão ao art. 475-O.

Dessarte, para melhor compreensão da controvérsia, observo que o artigo 475-O, § 2º, incisos, do Código de Processo Civil dispõe:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

II - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

III - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

§ 1º No caso do inciso II do *caput* deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada: (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

I - quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exeqüente demonstrar situação de necessidade; (Incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

II - nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. (Redação dada pela Lei n. 12.322, de 2010).

Desse modo, por expressa disposição do artigo 475-O, § 2º, I, do Código de Processo Civil, a execução provisória da sentença far-se-á, independentemente

de caução, quando se tratar de crédito alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo e contanto que o exequente demonstre situação de necessidade.

Nesse diapasão, conforme decidido em recente precedente da Segunda Seção, julgado pelo rito do artigo 543-C, em caso análogo, nas execuções provisórias decorrentes de demandas indenizatórias por acidentes ambientais, é permitido ao Juízo, diante da natureza alimentar do crédito e do estado de necessidade dos exequentes, dispensar a contracautela para o levantamento de crédito, limitado, contudo, a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, conforme disposto no artigo 475-O, § 2º, I, do Código de Processo Civil:

Recurso especial. Rito do art. 543-C do CPC. Vazamento de oleoduto da Petrobras que impossibilitou a pesca na Baía de Antonina-PR. Indenização. Execução provisória. Presença dos requisitos do art. 475-O, § 2º, I, do CPC. Levantamento de valores independentemente de caução. Possibilidade. Precedentes.

1 - Nas execuções provisórias nas ações de indenização pelo vazamento do oleoduto Olapa, que impossibilitou a pesca na Baía de Antonina e adjacências, mas também aplicáveis a outros casos de acidentes ambientais semelhantes, é permitido ao juiz da execução, diante da natureza alimentar do crédito e do estado de necessidade dos exequentes, a dispensa da contracautela para o levantamento do crédito, limitado, contudo, a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo (art. 475-O, § 2º, I, CPC).

2 - Na linha dos precedentes desta Corte Superior de Justiça, é possível deferir o levantamento de valor em execução provisória, sem caucionar, quando o Tribunal local, soberano na análise fática da causa, verifica, como na hipótese, que, além de preenchidos os pressupostos legais e mesmo com perigo de irreversibilidade da situação, os danos ao exequente são de maior monta do que ao patrimônio da executada.

3 - Refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Enunciado n. 7 de sua Súmula, qualquer pretensão de análise das condições econômicas das partes envolvidas.

4 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp n. 1.145.358-PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 25.4.2012, DJe 9.5.2012).

Nessa linha, não é demais lembrar que Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero propugnam, com propriedade, que a dispensa de caução

em execução provisória de verba alimentar, até o teto de 60 salários mínimos, é salutar, pois está ligada à necessidade de o exequente poder fazer frente às suas necessidades básicas, ressaltando a nitida textura constitucional da proteção conferida:

8. *Dispensa de caução.* A caução para obtenção da tutela completa do direito reclamado no cumprimento da decisão provisória pode ser dispensada em duas hipóteses: a) quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo, o demandante demonstrar situação de necessidade, e b).

[...]

O primeiro caso liga-se à proteção à subsistência digna da pessoa (...) Em ambos os casos admite-se a obtenção de tutela completa ao direito afirmado em decisão provisória sem a prévia prestação de caução suficiente e idônea.

[...]

(...) não há como obrigar o exequente a prestar caução para ter o seu direito realizado - isso porque a dispensa de caução está intimamente ligada à necessidade do exequente para fazer frente às suas necessidades básicas, sendo evidente a textura constitucional da proteção aí dispensada. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, ps. 481 e 482).

Fica límpido que o legislador, ao elaborar a regra processual, pretendeu, ao impor teto à verba que pode ser levantada sem caução em sede de execução provisória, com razoabilidade e proporcionalidade, garantir a dignidade humana, permitindo que o credor possa se manter enquanto aguarda o julgamento definitivo da lide.

Confira-se as ponderações contidas no voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, pelo egr. STF, do RE n. 20.181.9:

O benefício concedido a um cidadão configura, não raras vezes, a imposição de restrição a outrem.

[...]

Idêntica orientação é adotada por Konrad Hesse, que destaca serem as relações entre pessoas privadas marcadas, fundamentalmente, pela idéia de igualdade. A vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser tão profunda, pois, ao contrário da relação Estado-cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de Direito Privado.

[...]

Estando a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais, parece inevitável que o tema constitucional assumira relevo tanto na decisão dos Tribunais ordinários; como no caso de eventual pronunciamento da Corte Constitucional.

[...]

Os direitos fundamentais não se destinam a solver diretamente conflitos (...) devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico.

Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas.

[...]

Assim, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações (...) seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação.

É preciso acentuar que, diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais refere-se primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem.

Em outros termos, a eficácia mediata dos direitos está frequentemente relacionada com um caso de colisão de direitos. A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros.

8. Diante do exposto, adiro ao bem lançado voto do eminente Relator, Ministro Antonio Carlos Ferreira, para conhecer parcialmente do recurso especial e, na extensão, negar-lhe provimento, ressaltando, assim como fez Sua Excelência, que os critérios para recebimento da verba de caráter alimentar devem ser definidos pelo Juízo de primeira instância.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Raul Araújo: De início, acompanho os votos dos eminentes Ministros que me antecederam, relativamente ao afastamento dos alegados

vícios formais no julgamento do agravo de instrumento e à continência reconhecida pelo colendo Tribunal de origem.

Pedi vista dos autos, essencialmente, porque tive dúvidas quanto à real dimensão do dano ambiental, o que, em princípio, poderia ensejar, na execução provisória promovida pelos pescadores e marisqueiros, com a dispensa de caução, risco processual, em consequência da ameaça de prejuízo financeiro irreparável ao executado, além da insegurança e incerteza jurídicas advindas da não exatidão do dano material.

Não se pode olvidar que os fundamentos jurídicos trazidos nos votos dos ilustres Ministros que me antecederam estão de acordo com a melhor doutrina e com a jurisprudência desta Corte de Justiça. Aliás, como bem salientou o eminente Ministro *Luis Felipe Salomão*, há tese firmada no âmbito da colenda Segunda Seção, em recurso especial representativo de controvérsia (CPC, art. 543-C), no sentido de que “nas execuções provisórias decorrentes de demandas indenizatórias por acidentes ambientais, é permitido ao Juízo, diante da natureza alimentar do crédito e do estado de necessidade dos exequentes, dispensar a contracautela para o levantamento de crédito, limitado, contudo, a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, conforme disposto no artigo 475-O, § 2º, I, do Código de Processo Civil”.

Eis a ementa do precedente da col. Segunda Seção:

Recurso especial. Rito do art. 543-C do CPC. Vazamento de oleoduto da Petrobras que impossibilitou a pesca na Baía de Antonina-PR.

Indenização. Execução provisória. Presença dos requisitos do art. 475-O, § 2º, I, do CPC. Levantamento de valores independentemente de caução. Possibilidade. Precedentes.

1 - Nas execuções provisórias nas ações de indenização pelo vazamento do oleoduto Olapa, que impossibilitou a pesca na Baía de Antonina e adjacências, mas também aplicáveis a outros casos de acidentes ambientais semelhantes, é permitido ao juiz da execução, diante da natureza alimentar do crédito e do estado de necessidade dos exequentes, a dispensa da contracautela para o levantamento do crédito, limitado, contudo, a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo (art. 475-O, § 2º, I, CPC).

2 - Na linha dos precedentes desta Corte Superior de Justiça, é possível deferir o levantamento de valor em execução provisória, sem caucionar, quando o Tribunal local, soberano na análise fática da causa, verifica, como na hipótese, que, além de preenchidos os pressupostos legais e mesmo com perigo de irreversibilidade da situação, os danos ao exequente são de maior monta do que ao patrimônio da executada.

3 - Refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Enunciado n. 7 de sua Súmula, qualquer pretensão de análise das condições econômicas das partes envolvidas.

4 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp n. 1.145.358-PR, Rel. Min. *Ricardo Villas Bôas Cueva*, DJe de 9.5.2012).

Também encontra amparo em nossa jurisprudência a orientação de que a tutela antecipada efetiva-se via execução provisória. Cito: AgRg na MC n. 18.633-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. *Ricardo Villas Bôas Cueva*, DJe de 13.2.2012; REsp n. 1.077.638-RS, Terceira Turma, Rel. Min. *Sidnei Beneti*, DJe de 11.11.2010; REsp n. 1.098.028-SP, Primeira Turma, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJe de 2.3.2010; Ag n. 571.502-SP, Terceira Turma, Rel. Min. *Ari Pargendler*, DJ de 1º.2.2006; AgRg no Ag n. 546.698-RS, Quarta Turma, Rel. Min. *Fernando Gonçalves*, DJ de 11.10.2004.

Da análise dos autos, contudo, vislumbra-se que há dúvida razoável, suscitada pela *Petrobras* (fls. 1.267-1.326), acerca da extensão do dano ambiental. Segundo afirma, com respaldo em Relatório de Fiscalização Ambiental do Instituto do Meio Ambiente - IMA - (fls. 287-299 e 300-302), o derramamento de óleo que se espalhou pela Baía de Todos os Santos atingiu apenas duas comunidades (Municípios de Candeias e de São Francisco do Conde), e não todas aquelas comunidades mencionadas na exordial da ação de indenização e acolhidas na decisão que deferiu a antecipação de tutela (além de São Francisco do Conde e de Candeias, Madre de Deus, Saubara, Santo Amaro da Purificação e São Sebastião do Passé).

Parece relevante levar em consideração a retificação do Relatório de Fiscalização Ambiental, às fls. 300-302, na qual se concluiu que as únicas comunidades afetadas pelo desastre ambiental foram os Municípios de São Francisco do Conde e de Candeias.

Em relação a essas duas comunidades não parece haver controvérsia quanto aos danos ambientais, de maneira que considero adequada a conclusão autorizando a execução provisória, com a liberação da caução, nos termos do citado art. 475-O, § 2º, I, do Código de Processo Civil, porquanto configurados os requisitos nele previstos: I - verba alimentar; II - valor menor que 60 salários mínimos (para cada pescador ou marisqueiro); e III - caracterização da necessidade dos exequentes.

Contudo, no tocante aos demais pescadores e marisqueiros das regiões onde ainda há fundada dúvida acerca da ocorrência do dano ambiental, inexistindo prova inequívoca, entendo adequado aguardar a perícia a ser realizada no d. Juízo *a quo*, a fim de evitar a irreversibilidade da medida antecipatória, considerando a provável impossibilidade de devolução dos valores pagos aos exequentes, aqui considerados “necessitados”, nas palavras da lei (CPC, 475-O, § 2º, I).

Destarte, embora seja admissível execução provisória de tutela antecipada, com dispensa de caução (CPC, art. 475-O, § 1º), não se pode promovê-la de forma abrangente, quando houver razoável e plausível dúvida em relação à verdadeira extensão do dano ambiental ocorrido.

Diante do exposto, com a devida vênia aos eminentes Ministros que me antecederam, entendo que o recurso especial deve ser parcialmente provido para reformar, em parte, o v. acórdão recorrido, de modo que os valores sejam liberados, sem a prestação de caução, apenas aos substituídos processuais que exerçam, comprovadamente, suas atividades pesqueiras e marisqueiras nos Municípios de São Francisco do Conde e de Candeias.

É como voto.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, peço vênias para dar integral provimento ao recurso da Petrobrás para anular o acórdão recorrido, uma vez que houve uma antecipação de tutela satisfativa deferida em uma ação coletiva para liberar recursos sem caução.

Registro, em primeiro lugar, a diferença entre este processo e o repetitivo julgado pela Seção do ponto de vista processual. Ambos cuidavam de dano ambiental e de ressarcimento a pescadores, mas, naquele caso, havia uma execução provisória de sentença, ou seja, uma sentença que já fora proferida após cognição exauriente nas instâncias de origem. Neste caso, não houve sequer a fase de instrução. Trata-se de uma antecipação de tutela e a matéria controvertida é, especialmente, a própria existência e extensão do dano, porque, embora tenha havido um vazamento de petróleo, alega a Petrobrás que esse vazamento não teve dimensões para impossibilitar a pesca. E não há prova pericial produzida a respeito da extensão deste dano e das consequências em relação aos pescadores da cada área abrangida pela inicial ajuizada pela Federação de Pescadores do Estado da Bahia.

Penso que quando se julga uma ação coletiva, especialmente quando se defere antecipação de tutela numa ação coletiva, que, em regra, pressupõe “prova inequívoca” dos fatos embasadores do alegado direito e forte verossimilhança da pretensão, deve o exame dessa antecipação de tutela ser cercado de cuidados ainda maiores do que seriam numa ação individual. Isso porque se trata de proferir uma decisão cujos efeitos se estenderão a milhares de substituídos, sem que haja prova inequívoca, baseada numa perícia que, a meu ver, seria necessária no presente caso.

O motivo do meu voto preliminar pela anulação é que, se penso que qualquer antecipação de tutela satisfativa deve ser deferida com grande cuidado numa ação individual, muito mais cuidado deve haver numa antecipação de tutela coletiva, especialmente em caso que envolve milhões de reais. E essa antecipação de tutela coletiva foi julgada pela instância ordinária num agravo de instrumento sem a juntada da contraminuta, ou seja, da defesa da parte que arcará com o ônus financeiro de cumprir essa antecipação de tutela.

Há precedentes da Corte Especial estabelecendo que agravo de instrumento não pode ser provido sem a audiência da parte agravada. Neste caso, a parte agravada formalmente exerceu a sua defesa, mas o processo foi julgado em sessão, sem a inclusão em pauta e sem a juntada dessa defesa, o que evidencia que a defesa não foi considerada, com a máxima vênia, quando do julgamento do agravo pela Turma.

A meu ver, de nada adianta a Corte Especial assentar que é necessário que haja intimação do agravado prévia ao provimento do agravo, se se puder convalidar a nulidade do julgamento sem essa peça de defesa do agravado e sem inclusão em pauta apenas porque julgados embargos de declaração ao acórdão nulo.

A meu ver, *data maxima venia*, não sana o prejuízo da parte de acompanhar o julgamento, esclarecer matéria de fato, apresentar memoriais, ainda mais em um caso como este, em que a matéria de fato é essencial a propósito da extensão do dano, notadamente a comunidades de pescadores de áreas diversas da diretamente atingida.

Não me parece que sane essa nulidade a circunstância de ter havido oposição de embargos de declaração nos quais teriam sido levadas em consideração as alegações do agravado. Isso porque os embargos de declaração, mesmo que excepcionalmente admitam efeitos infringentes, têm necessariamente um âmbito de cognição menor do que o julgamento do recurso, porque eles só

poderão ser providos se houver o reconhecimento de uma omissão, de um erro ou de uma contradição.

Ou seja, as questões já decididas de forma suficientemente fundamentada pela Turma sem levar em conta a defesa não são passíveis de revisão por meio de embargos de declaração.

Penso eu, *data maxima venia*, que o julgamento de embargos de declaração não sana o vício, a nulidade consistente no julgamento do agravo de instrumento sem contraminuta juntada aos autos e sem publicação de pauta, mesmo porque, repito, embargos de declaração têm âmbito de cognição menor do que aquele do recurso.

No mais, peço vênias à maioria também para aderir ao voto do Ministro Raul Araújo quanto à necessidade de limitação do alcance territorial dessa tutela antecipada de levantamento de recurso sem caução.

O caráter satisfativo e irreversível da decisão parece-me, *data vênias*, evidente, porque esses recursos serão entregues sem caução, não se sabe da solvabilidade desses pescadores para devolver esse dinheiro caso a fase de instrução indicar que não houve o dano na extensão alegada; tudo indica que não haverá condições de devolução dos recursos, em caso de insucesso, porque o fundamento do pedido de antecipação é a necessidade.

Ademais, recorde julgamento ocorrido no ano passado nesta Turma, em que foi executada uma sentença de mérito provisoriamente e na hora de julgar o recurso especial, no momento da discussão sobre o valor da condenação por danos morais, foi ponderado pelos advogados dos pescadores que o dinheiro já havia sido recebido e que não havia como devolver. Então, acho que o caráter satisfativo a experiência prática tem mostrado ser irreversível.

RECURSO ESPECIAL N. 1.358.408-RS (2011/0176244-0)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: C A S C

Advogado: Alexandre Guaranha Cardia

Recorrido: A L C C

Advogado: Renato Cramer Peixoto e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Cumprimento de sentença. Ações de separação judicial e de alimentos. Acordo judicial homologado para por fim ao litígio. Descumprimento do ajuste. Obrigação sem estipulação de vencimento. Acórdão local que reputou em mora o devedor desde a homologação da transação.

Insurgência do devedor.

1. Hipótese em que os litigantes (ex-cônjuges) transacionaram e obtiveram a homologação judicial do acordo, atribuindo ao recorrente (ex-marido) a responsabilidade pelo pagamento de despesas condominiais. Posterior descumprimento da obrigação. Fixação, pelas instâncias ordinárias, de incidência de encargos moratórios a partir da data da composição entre as partes. Inviabilidade. Necessidade de prévia notificação para constituição da mora.

2. A Inexistência de estipulação quanto ao vencimento da obrigação enseja a possibilidade de o credor exigi-la *incontinenti* ou noutro momento, observado o prazo prescricional. Inteligência do art. 331 do CC/2002.

3. Contudo, tratando-se de mora *ex persona*, a cobrança do débito subordina-se à interpelação judicial ou extrajudicial, a fim de que o devedor seja constituído em mora, nos termos do art. 397, parágrafo único, do CC/2002.

4. Na hipótese, considerando que a credora deixou de promover a diligência *supra*, deve-se reputar incidentes os desdobramentos da mora a partir da instauração do procedimento de cumprimento de sentença, sendo o termo *a quo* dos juros e da correção monetária, a data da intimação e a do início da fase expropriatória, respectivamente.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de março de 2013 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 8.4.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Trata-se de recurso especial interposto por C A S C, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fls. 165, e-STJ):

Agravo. Decisão monocrática manutenção. Cumprimento de sentença juros e correção.

Não havendo previsão de data de vencimento para a obrigação, tem-se que ela vence à vista. E sendo assim, não há falar ou cogitar em juros e correção somente depois do ajuizamento da execução e/ou da citação.

Negaram provimento.

Nas razões de especial, o recorrente aponta ofensa aos arts. 331, 397, parágrafo único, 405, do Código Civil, 1º, § 2º, da Lei n. 6.899/1981.

Em síntese, alega que, “no caso de inexistir data certa para o pagamento, pode o credor *exigir imediatamente* o valor, considerando-se em mora o devedor no momento em que exigido o pagamento, o que ocorreu apenas com o ajuizamento da presente demanda.” (fl. 180, e-STJ).

Defende que só pode ser considerado em mora a partir do ajuizamento desta ação, já que inexistente qualquer ato de exigência do credor requerendo o pagamento.

Assevera que a correção monetária e juros de mora são devidos a partir do ajuizamento da presente demanda, para o primeiro encargo, e da citação, para o segundo caso.

Sem contrarrazões (fls. 185, e-STJ) e, após decisão de admissibilidade do recurso especial, os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça, em razão do provimento exarado no AREsp n. 66.041-RS, deste signatário, que converteu o agravo (art. 544 do CPC) em recurso especial (fl. 252, e-STJ).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do inconformismo (fls. 219 a 222, e-STJ).

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): 1. O recurso deve ser provido, uma vez que, tratando-se de obrigação sem estipulação de prazo para o vencimento, é imprescindível que haja a interpelação judicial ou extrajudicial do devedor, a fim de constituí-lo em mora, nos termos do art. 397, parágrafo único, do CC/2002, hipótese inócurente no caso em enfrentamento.

No caso, os litigantes (ex-cônjuges) transacionaram e obtiveram a homologação judicial do acordo, atribuindo ao recorrente (ex-marido) a responsabilidade pelo pagamento de despesas condominiais.

Posteriormente, houve descumprimento da obrigação pelo ex-marido, motivo pelo qual a credora (ex-esposa) deflagrou o procedimento de cumprimento de sentença, com pedido de incidência dos encargos moratórios a partir da composição ajustada judicialmente entre os contendores, o que foi deferido pelo magistrado de primeiro grau e mantido pelo Tribunal de piso.

Daí a insurgência do devedor, que postula o reconhecimento de violação aos artigos já mencionados (art. 331 e 397, par. único, ambos do CC/2002), os quais exigem a interpelação prévia do *solvens* para que possam incidir os efeitos da mora.

E efetivamente, conforme delineado pelo Tribunal local “*o acordo entabulado pelas partes previu a obrigação do agravante de pagar os valores a agravada, **mas sem fixar data para tal pagamento***” (fls. 150).

Nesse contexto, a despeito de o art. 331 do CC/2002 facultar ao credor exigir o adimplemento da obrigação *incontinenti* ou mesmo noutro momento (desde que observado o prazo prescricional), a inexistência de estipulação quanto ao vencimento da dívida não implica em automática caracterização da mora, desde a data da celebração do acordo.

É que, tratando-se de mora *ex persona*, a cobrança do débito subordina-se à prévia interpelação judicial ou extrajudicial, a fim de que o devedor seja constituído em mora, nos termos do art. 397, parágrafo único, do CC/2002.

A propósito do tema em referência, importa mencionar o escólio doutrinário de Carlos Roberto Gonçalves:

Deve ser lembrado que, ***não havendo prazo avençado, é necessário que o devedor seja informado do propósito do credor de receber, pois, nas obrigações sem estipulação de prazo para o seu cumprimento, a mora do devedor só começa depois de interpelação judicial ou extrajudicial***, conforme consta do parágrafo único do art. 397 do Código Civil retrotranscrito. [...] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012, v. 2, p. 287 e 288) (grifou-se).

E essa conclusão, além de lógica, também é manifestada no magistério de Sílvio de Salvo Venosa:

[...]

A época, o momento em que a obrigação deve ser cumprida, é de suma importância, principalmente para estabelecer o inadimplemento total e a mora (inadimplemento parcial). Quando existe uma data para o pagamento, um termo, o simples advento dessa data já constitui em mora o devedor (art. 397), regra clássica que desenvolveremos mais adiante (*dies interpellat pro homine*, o simples dia do vencimento é uma interpelação). *Quando não existe data para o cumprimento da obrigação, deve ser notificado o devedor para ser constituído em mora.* [...]

Quando a obrigação não possui termo certo, o credor pode interpelar o devedor para que cumpra a obrigação num prazo razoável, que poderá ser fixado pelo juiz.

[...] (VENOSA, Sílvio de Salvo. Código civil interpretado. Atlas: São Paulo, 2010, p. 350 e 351; destacou-se).

Corroborando o exposto, vide ainda: **Manuel Inácio Carvalho Mendonça** (Doutrina e prática das obrigações: tratado geral dos direitos de crédito. 4ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1956, t. I, p. 473 a 474) e **J. M. Carvalho Santos** (Código civil interpretado: direito das obrigações. 7ª ed. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1958, v. XII, p. 290 a 293).

Diante desse quadro, aplica-se ao caso em análise a regra inserta no parágrafo único do art. 397 do Código Civil, que fixa a interpelação judicial ou extrajudicial como condição para a caracterização da mora do devedor.

Nesse sentido, já decidiu essa Corte Superior:

Recurso especial. Monitória. Exigibilidade da dívida. Requisito necessário. Vencimento estabelecido mediante condição puramente potestativa. Invalidez. Dívida à vista. Notificação. Constituição em mora. Regularidade do procedimento.

1. A exigibilidade da dívida é requisito indispensável para a propositura de qualquer ação que objetive o respectivo pagamento.

2. O estabelecimento, em confissão de dívida, de cláusula que determina que o vencimento da obrigação se dará por acordo entre as partes deve ser reputada sem efeito, porquanto consubstancia condição puramente potestativa.

3. *Reputada inexistente a disposição que regula o vencimento, a dívida deve ser considerada, nos termos do art. 331 do CC/2002, passível de ser exigida à vista.*

4. *Para cobrança de dívidas à vista, basta ao credor que notifique o devedor para constituí-lo em mora, nos expressos termos do art. 397, parágrafo único, do CC/2002.*

5. Tomadas todas essas providências pelo credor, a cobrança do crédito pela via da ação monitória é regular.

6. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.284.179-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4.10.2011, DJe 17.10.2011) (grifou-se).

Assim, considerando que a credora deixou de promover a diligência *supra* (notificação), deve-se reputar incidentes os desdobramentos da mora a partir da instauração do procedimento de cumprimento de sentença, sendo o termo *a quo* dos juros e da correção monetária, a data da intimação e a do início da fase expropriatória, respectivamente.

Por derradeiro, ressalte-se que, conquanto o Tribunal local tenha decidido a lide fazendo alusão a “*citação*” e a “*ajuizamento da ação*”, o feito, em verdade, é hipótese de cumprimento de sentença. Entretanto, tal impropriedade não tem o condão de macular a solução ora preconizada, pois as referências acima mencionadas possuem correspondência à intimação e à instauração do procedimento de cumprimento de sentença.

2. Do exposto, voto no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso especial, a fim de fixar o termo *a quo* dos juros e da correção monetária como sendo a data da intimação e a do início da fase expropriatória, respectivamente.

É como voto.