



Jurisprudência da **Quarta Turma**

RECURSO ESPECIAL N. 494.372-MG (2003/0016367-6)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Estrela Comércio e Participações Ltda
Advogado: Geraldo Luiz de Moura Tavares
Recorrido: Conceição de Lima Novaes
Advogado: Reginaldo Marcos Duarte e outro
Interes.: Yvone de Araújo Castro
Advogado: José de Arimateia Assis

EMENTA

Civil e Processual. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Acidente. Condução do conjunto por preposto da dona do “cavalo-mecânico”. “Semi-reboque”. Responsabilidade do proprietário deste inexistente.

I. Não padece de nulidade o acórdão estadual que enfrenta suficientemente as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas que trazendo entendimento contrário aos interesses da parte irresignada.

II. A responsabilidade por danos causados a terceiros é exclusiva do proprietário e condutor do “cavalo-mecânico” que traciona “semi-reboque”, porquanto este último não possui autonomia, salvo quando identificado defeito nele a influenciar o conjunto, situação não verificada nos autos.

III. Ação improcedente em relação à proprietária do “semi-reboque”.

IV. Recurso especial conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 04 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 29.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Estrela Comércio e Participações Ltda. interpõe, pelas letras a e c do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 443):

EMENTA: Indenização. Acidente automobilístico. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Conductor, locador e locatária do veículo. Culpa. Arts. 159 e 1.521, inciso II, do Código Civil. Danos morais e materiais comprovados. Constituição de capital. Dispensa. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Art. 20 do Código de Processo Civil. Fixação. Atividade exclusiva do magistrado.

A legitimidade passiva não é verificada pela relação material concreta, mas pela pertinência subjetiva na defesa do interesse litigioso.

Por força do art. 1.521, inciso III, do Código Civil, imputa-se ao empregador a responsabilidade pela reparação dos danos causados pelo empregado no exercício de sua função.

Segundo o entendimento do colendo STF, locador e locatário respondem solidariamente pelos danos causados no uso do veículo.

Inexistindo prova da evidente solvabilidade do devedor, é necessária a constituição de capital que assegure o cabal cumprimento das obrigações vincendas.

A fixação dos honorários decorre de atividade exclusiva do magistrado no exame das condições objetivas estabelecidas no art. 20, do Código de Processo Civil.

Alega a recorrente que a decisão violou o art. 535, II, do CPC, por não haver enfrentado pontos suscitados pela parte.

Aduz que foram também contrariados os arts. 159, 1.118, 1.189 e 1.521, III, do Código Civil anterior e 267, do CPC, posto que o caminhão não era de sua propriedade, apenas o semi-reboque, que não possui força motriz própria.

Acrescenta que o semi-reboque estava locado a Yvone de Araújo Castro, e que não tem como responder pelos seus atos ou de seu preposto, que dirigia a carreta envolvida no sinistro.

Salienta, mais, que restou ofendido o art. 20, parágrafo 3º, da lei adjetiva civil, na medida em que fixada a sucumbência em 20% sem que tenham sido justificados os fundamentos para tanto.

Invoca dissídio jurisprudencial quanto à não responsabilidade do proprietário dono do semi-reboque, ao valor do dano moral, pugnando pela sua redução, e aos danos materiais, destacando que a pensão, após os 25 anos, deve ser reduzida para apenas 1/3 dos rendimentos da vítima.

Sem contrarrazões (fl. 556).

O recurso especial não foi admitido na instância de origem (fls. 557-561), subindo ao STJ por força de provimento dado ao Ag n. 432.988-MG (fl. 563).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, aviado pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, em que se discutem múltiplas questões em relação a acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que julgou parcialmente procedente ação indenizatória movida por Conceição de Lima Novaes contra Estrela Comércio e Participações Ltda, em razão de acidente ocorrido entre caminhão e dois automóveis, num dos quais vieram a falecer dois filhos da autora.

II

É sustentada ofensa ao art. 535, II, do CPC, porém sem razão, eis que não há omissão no aresto objurgado, apenas conclusões contrárias ao interesse da parte inconformada.

III

No tocante à responsabilidade da recorrente, o voto condutor do acórdão, da relatoria do Juiz Edilson Fernandes, diz, às fls. 448-451, o seguinte:

Quanto ao mérito, sustentam todos os réus que não agiram com culpa no evento, sendo, portanto, improcedente o pedido da autora.

Consta dos autos que em 27.04.1991, o veículo de carga *Scania L110*, placa OR-7028, de propriedade da ré, *Yvone de Araújo Castro*, conduzindo o semi-reboque *Fruehauf*, placa SB 1293, de propriedade da ré *Estrela Comércio e Participações Ltda.*, tendo por condutor o réu *José Feliciano Lana*, perdeu o controle e chocou-se, no Km 121, da Rodovia BR 381, com o veículo *GM Opala*, placa AT 3503, conduzido por Luis Otávio Caldeira e tendo por passageiro Ronaldo Lúcio Caldeira, ambos filhos da autora, e ainda, com um terceiro veículo, como se vê do Boletim de Ocorrência Policial de fl. 20-22 e Laudo n. 206/91, do Instituto de Criminalística da Secretaria de Estado de Segurança Pública (fl. 23-31).

Em decorrência deste evento, faleceram os filhos da autora, ocupantes do veículo GM Opala.

Diante deste quadro, ajuizou a autora a presente ação indenizatória, visando reparação dos danos materiais e morais sofridos em função do acidente.

Como se sabe, para a procedência do pleito indenizatório, necessária a demonstração da coexistência de três elementos: o dano, a conduta culposa do réu e o nexo causal entre esta e aquele.

Os danos materiais restaram suficientemente demonstrados nos autos.

Em que pesem os argumentos lançados pela terceira apelante, encontra-se às fl. 16 dos autos cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social da vítima Ronaldo Lúcio Caldeira, da qual consta a remuneração que percebia à época do acidente.

Também com relação à Luiz Otávio Caldeira, vê-se da prova testemunhal, cujo termo encontra-se à fl. 226, que “Luiz Otávio era autônomo”, presumindo-se, por isto, que perceberia, pelo menos, um salário mínimo mensal.

Também deste depoimento de fl. 226, vê-se que as vítimas “ajudavam a manutenção da casa, pois cuidavam da mãe que era viúva e também de outros irmãos”.

Em relação à culpa, é de se examinar separadamente o comportamento dos réus.

Sustenta o réu *José Feliciano Lana* que a culpa do evento, por força da norma do art. 1.521, inciso II, do Código Civil, e do entendimento consolidado na Súmula n. 341 do STF é de sua empregadora, estando ele, então, isento da culpa.

Ora, as normas jurídicas invocadas não têm natureza exculpante, como pretende o apelante, cujo rol exaustivo encontra-se no art. 160 do Código Civil.

Com efeito, a norma do *caput* do art. 1.521, do Código Civil expressamente dispõe que “são também responsáveis pela reparação civil”, de forma alguma transferindo integralmente ao empregador a culpabilidade ou isentando o empregado da incidência da norma do art. 159 do Código Civil.

E da leitura do Boletim de Ocorrência Policial de f. 20-22 e Laudo n. 206/91, do Instituto de Criminalística da Secretaria de Estado de Segurança Pública (f. 23-31), vê-se que o evento se deu por culpa do réu *José Feliciano Lana*, que “agiu com imprudência ao desenvolver uma velocidade em seu veículo superior à permitida para as condições do local e com imperícia deixando as rodas direitas de seu semi-reboque caírem sobre a calha de escoamento de águas flúvias e não conseguir dominar a direção da unidade” (fl. 30), tendo sido, inclusive, condenado nas penas do art. 121, § 3º e 129, § 6º, do Código Penal (fls. 45-48).

Por outro lado, em relação à responsabilidade da ré *Yvone de Araújo Castro*, no caso, evidente que o fato ocorreu no momento em que seu empregado exercia sua função, sendo suficiente nos autos a prova de que o réu *José Feliciano Lana* era de fato empregado da ré, como se vê do seguinte trecho da prova testemunhal:

o depoente sabe que os salários do terceiro requerido era pago por Dona Ivone (Paulo Nonato, fl. 235).

Aliás, em seu depoimento pessoal, à fl. 241, o próprio *José Feliciano Lana* afirma que era empregado da ré *Yvone*.

Desta forma, é de se ver que, não obstante não haja prova da culpa direta do apelante, por força da norma do art. 1.521, inciso III, do Código Civil, conclui-se pela sua culpa *in eligendo* no evento, devendo arcar com os efeitos da imputação.

Em relação à ré *Estrela Comércio e Participações Ltda.*, observa-se que, de fato, era proprietária do semi-reboque *Fruehauf*, placa SB 1293 e que, no momento do acidente, encontrava-se acoplado ao cavalo mecânico alugado da ré *Yvone*.

Independentemente da condição, locatária ou locadora, a terceira apelante responde solidariamente na composição dos danos causados, conforme entendimento consolidado na Súmula n. 492 do *Supremo Tribunal Federal*:

A empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado.

Como se vê, o cavalo-mecânico era de propriedade da ré *Yvone de Araújo Castro* e era dirigido por seu empregado, também réu. Já o semi-reboque, pertencia à recorrente, *Estrela Comércio e Participação Ltda.*

Ora, com a devida vênia, não identifico como possa o proprietário de um semi-reboque, que não pode se locomover autonomamente, mas somente quando tracionado por um “cavalo-mecânico”, seja responsabilizado conjuntamente com a dona deste, por ato de preposto (motorista) da mesma, salvo quando o próprio semi-reboque apresente defeito que comprometa a dirigibilidade do conjunto, o que não foi identificado nos autos.

Também não atrai a responsabilidade a circunstância de a recorrente haver alugado o “cavalo-mecânico” de Yvone, pois, a prevalecer esse raciocínio, a partir daí toda pessoa que contratasse serviços de transporte de mercadoria ou mudança utilizando reboque próprio, ficaria igualmente responsável por acidentes que o caminhão, nas ruas e rodovias, causasse a terceiros.

A Súmula n. 492 do Pretório Excelso refere-se a uma situação distinta, qual seja, aquela em que há locação de veículo motorizado conduzido pelo locatário, ficando, aí sim, tanto este como a locadora responsáveis pelos danos. Porém, aqui, volta-se a registrar, a proprietária do “semi-reboque”, recorrente, locara o “cavalo-mecânico” de Yvone e era o preposto de Yvone que dirigia o conjunto.

Apreciando hipótese semelhante, o STJ decidiu que:

Responsabilidade civil. Acidente, envolvendo “cavalo mecânico” e carreta. Não responde o proprietário dessa pelos danos causados a terceiros, visto que inexistente vínculo de preposição entre ele e o motorista ou entre ele e dono do caminhão, não se aplicando o inciso III do art. 1.521 do Código Civil.

(3ª Turma, REsp n. 205.860-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, unânime, DJU de 14.06.1999)

No mesmo sentido foram as decisões singulares proferidas no Ag n. 715.570-SE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 25.11.2005; REsp n. 1.045.980-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 03.10.2008; Ag n. 255.198-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 09.12.1999.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação em relação à recorrente, Estrela Comércio e Participação Ltda, condenando os autores ao pagamento das custas proporcionais e honorários de advogado, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), ônus suspensos em razão da assistência judiciária.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 704.459-RJ (2004/0162476-5)

Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP)

Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição Ecad
Advogado: Vera Lúcia Teixeira e outro(s)
Advogada: Karina Helena Callai e outro(s)
Recorrido: Arrendatária de Hotéis Free Way Ltda
Advogado: Cláudio Brandão Azambuja

EMENTA

Civil. Recurso especial. Direito Autoral. Obra musical. Quarto de motel. Violação de dispositivo constitucional. Impossibilidade. Inexistência de violação aos arts. 458 II, e 535, II do Código de Processo Civil. Ausência prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282-STF e 211-STJ. Divergência jurisprudencial configurada.

1. Não se conhece de alegada violação de dispositivo constitucional sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Não ocorre ofensa aos arts. 458, II e 535, II, ambos do Código de Processo Civil, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide, afastando com clareza e precisão a omissão, a obscuridade e a contradição no acórdão.

3. A ausência de prequestionamento inviabiliza o conhecimento da questão federal suscitada.

4. A divergência jurisprudencial ensejadora da admissibilidade, do prosseguimento e do conhecimento do recurso há de ser específica, revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora idênticos os fatos que as ensejaram, o que ocorre *in casu*.

5. *Atualmente* a jurisprudência desta Corte Superior tem entendido que os quartos de hotéis e motéis são considerados lugares de frequência coletiva para efeito de cobrança de direitos autorais, quando equipados com aparelhos de rádio ou televisão. Incidência da Súmula n. 63-STJ.

6. A sanção de multa do art. 109 da Lei n. 9.610/1998, não se aplica à espécie, posto inexistir procedimento doloso que a justificasse e amparasse.

7. Recurso Especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido parcialmente apenas para excluir a imposição da multa do art. 109 da Lei n. 9.610/1998.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Relator

DJe 08.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP): Trata-se de ação de cobrança de direitos autorais proposta por *Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad*, contra a *Arrendatária de Hotéis Free Way Ltda*, em decorrência da execução pública de obras artístico-musicais em seu estabelecimento comercial, pelo período compreendido entre Ago/1997 e Ago/2000.

O recorrente sustenta que o recorrido ao utilizar-se de obras musicais, está obrigado ao recolhimento da retribuição autoral e por isso busca a condenação ao pagamento dos direitos autorais.

O douto magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a Arrendatária de Hotéis Free Way Ltda ao pagamento de direitos autorais, *enquanto mantiver aparelhos de retransmissão em seus quartos*,

acrescidos da multa prevista no art. 109 da Lei n. 9.610/1998, custas processuais e honorários advocatícios fixados em 07% (sete por cento) sobre as parcelas devidas. (fls. 142-143)

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação, que *foi provido*, pela E. Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos termos da seguinte ementa, *verbis*:

Direitos Autorais. Cobrança que tem como fato gerador a recepção de sinais de rádio e de TV em quartos de motel.

O Hotel é um estabelecimento essencialmente prestador de serviços e fornecedor de produtos.

O art. 4º da Lei n. 9.610/1998, efetivamente, determina que sejam interpretados restritivamente os negócios jurídicos sobre direitos autorais. Portanto, a exegese restritiva dos instrumentos negociais relativos aos direitos autorais nada mais é que a interpretação exata, verdadeira do negócio, evitando-se a extensão ou a supressão de alguma coisa; a precisão deve ser alcançada com a avaliação dos elementos lógicos do negócio, sem qualquer dilatação do alcance do negócio.

Ora, na hipótese, cogita-se de *captação de transmissão de rádio nos recessos dos apartamentos do motel*, (g.m) local que não é público e muito menos de frequência coletiva. No mais, o autor da obra já recebe o direito em razão da música ser transmitida pela emissora de rádio pela emissora de rádio ou TV, não sendo lógico e conseqüentemente jurídico, pretender receber pelos mesmos direitos quando da recepção dos sinais, um segundo pagamento das empresas hoteleiras pela recepção nos quartos respectivos, sob pena de caracterizar-se um bis in idem sobre o mesmo fato gerador de uma só obrigação.

Recurso provido. (fls. 174-175)

Opostos embargos de declaração pelo ora recorrente (fls. 187-196), restaram rejeitados, conforme acórdão às fls. 199-202.

Inconformado, Ecad interpôs o presente recurso especial (fls. 210-234), com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, alegando, em suas razões, em síntese, negativa de prestação jurisdicional, bem como violação dos arts. 348, 349, 350, 458, II e 535, todos do Código de Processo Civil, 4º, 5º, 28, 29, VII, e, 31, 46, 68, §§ 2º e 3º da Lei n. 9.610/1998, 11, 2º, 4º, 5º e 6º da LICC, bem como 5º, XXII, XXVII e XXVIII, alínea **b**, da Constituição Federal, além de divergência jurisprudencial.

Foram apresentadas, às fls. 267-273, as contrarrazões da ré.

Em juízo de admissibilidade, o recurso recebeu crivo positivo (fl. 290), ascendendo a essa Corte Superior.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) (Relator): Pretende a parte recorrente o provimento do Recurso Especial a fim de que o recorrido seja condenado ao pagamento de direitos autorais aos autores das obras de intelecto pela utilização de obras artístico-musicais como sonorização ambiental nos quartos do motel.

I - Violação a Texto Constitucional.

Inicialmente, cabe registrar que não prospera a alegação de violação ao art 5º, XXII, XXVII e XXVIII, alínea **b** da Constituição Federal. Inviável a análise, por esta Corte, da violação do preceito constitucional, mesmo que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso, a quem cabe decidir acerca de matéria constitucional.

Confira-se, sobre esse tema, o seguinte julgado:

Processual Civil. Recurso especial. Limites normativos. Apreciação de matéria constitucional. Inadequação da via eleita. Prequestionamento. Ausência. Aplicação das Súmulas n. 282 e 356-STF. Reexame de matéria fático-probatória. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão. Inexistência. Embargos de declaração. Conclusão lógico-sistemática do *decisum*. Aplicação da Súmula n. 182-STJ. Agravo desprovido.

I - É vedado a esta Corte, em sede de recurso especial, adentrar ao exame de pretensa violação a dispositivos constitucionais, cuja competência encontra-se adstrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o art. 102 da Carta Magna, ao designar o Pretório Excelso como seu Guardiã. Neste contexto, a pretensão trazida no especial exorbita seus limites normativos, que estão precisamente delineados no art. 105, III da Constituição Federal.

(...omissis...)

VI -Agravo desprovido. (AGREsp n. 541.560-RS, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 20.10.2003, p. 295).

II - Violações aos artigos 458, II e 535, CPC.

No que tange às alegadas violações aos arts. 458, II e 535, ambos do Código de Processo Civil, o especial não merece ser provido.

Os embargos de declaração servem para dirimir omissões, obscuridades, ou contradições, eventualmente existentes nas decisões proferidas pelos Magistrados.

Sabe-se que é pacífico o entendimento de que “não está o juiz obrigado a examinar, um a um, os pretensos fundamentos das partes, nem todas as alegações que produzem; o importante é que indique o fundamento de sua conclusão, que lhe apoiou a convicção no decidir. De outra forma, tornar-se-ia o juízo em exercício fatigante e estéril de alegações e contra-alegações, mesmo inanes: *flatus voci* inconseqüente, para suplício de todos e não prevalência de razões, isto é, capazes de convencimento e conduzindo à decisão.” (STF, RE n. 97.558-6-GO, Rel. Min. Oscar Correa).

Assim, as proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese *sub judice* e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Portanto, na presente hipótese não se verifica violação aos arts. 458, II e 535, ambos do CPC tendo em vista que o v. aresto analisou, de forma clara e fundamentada, todas as questões pertinentes ao julgamento da causa.

III - Violações aos artigos 4º, 5º, V, 28, 29, VIII, “e”, 46, 68, §§ 2º e 3º e 109, todos da Lei n. 9.610/1998; Artigos 2º, 4º, 5º e 6º, da LICC, artigos 348, 349 e 350, do CPC e por fim do art. 150 da Lei Adjetiva Penal.

Não assiste razão à Recorrente quanto às alegadas violações aos referidos dispositivos legais.

As matérias federais suscitadas não foram previamente debatidas e enfrentadas pelo Colegiado de origem que, quanto a elas, não se pronunciou de modo explícito, ensejando a aplicação do Enunciado n. 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Oportuna a transcrição de trecho do acórdão proferido nos embargos de declaração (fl. 200):

Da leitura das contra-razões (*sic*) ao apelo, não se vislumbra a invocação da maioria dos artigos agora citados, ou seja, arts. 4º, 5º, V, 28, 29, VIII, e, 46, 68, §§ 2º e 3º e 109, todos da Lei n. 9.610/1998; arts. 2º, 4º, 5º e 6º, da LICC, arts. 348, 349 e 350, do CPC e art. 150 da Lei Adjetiva Penal, além, dos incisos II, III, XXII, XXVII, b e XXXVI da Carta Política.

Nesse sentido, cita-se o seguinte precedente:

Registro público. Mudança de sexo. Exame de matéria constitucional. Impossibilidade de exame na via do recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Registro civil. Alteração do prenome e do sexo. Decisão judicial. Averbação. Livro cartorário.

1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional.

2. *Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211-STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.*

...omissis...

7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp n. 737.993-MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009) (grifei)

Ademais, em que pese a oposição de embargos declaratórios, os temas suscitados não atendem ao requisito do prequestionamento, indispensável para o trâmite nessa especial instância, atraindo a incidência do Enunciado n. 211 da Súmula desta Corte de Justiça.

Sendo assim, quanto à alegada violação dos referidos dispositivos legais, não conheço do recurso por ausência de prequestionamento.

IV - Divergência jurisprudencial.

No tocante à alegada divergência jurisprudencial, entendo que razão assiste à Recorrente, *em parte*.

Senão vejamos

O eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a decisão monocrática julgando improcedente o pedido da ora Recorrente, contrariando a orientação consagrada pela 2ª Seção desta Eg. Corte de Justiça que reconhece a legitimidade da cobrança do direito autoral, como se infere do julgamento

proferido no EREsp n. 556.340-MG, que qualifica os *hotéis e motéis*, como locais de *execução pública, como se de frequência coletiva*, in verbis:

Direito Autoral. Aparelhos de rádio e de televisão nos quartos de motel. Comprovação da filiação. Legitimidade do Ecad. Súmula n. 63 da Corte. Lei n. 9.610, de 19.02.1998. 1. A Corte já assentou não ser necessária a comprovação da filiação dos autores para que o Ecad faça a cobrança dos direitos autorais. 2. A Lei n. 9.610/1998 não autoriza que a disponibilidade de aparelhos de rádio ou de televisão nos quartos de motéis e hotéis, lugares de frequência coletiva, escape da incidência da Súmula n. 63 da Corte. 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 556.340-MG, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, data do Julgamento 09.06.2004, Publicação/Fonte DJ 11.10.2004 p. 231, REVFOR vol. 378 p. 292, RNDJ vol. 62 p. 125) RSTJ vol. 189 p. 269).

Nesse mesmo sentido, citam-se os seguintes precedentes: REsp n. 740.358-MG, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, Data do Julgamento 07.12.2006, Data da Publicação/Fonte DJ 19.03.2007 p. 356; REsp n. 791.630-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, Data do Julgamento 15.08.2006, Data da Publicação/Fonte DJ 04.09.2006 p. 270; REsp n. 329.860-RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, Data do Julgamento 09.11.2004, Data da Publicação/Fonte DJ 1º.02.2005 p. 564.

Registre-se que esse entendimento é o hoje prevalente nesta Corte de Justiça que qualifica os *hotéis e motéis*, como locais de *execução pública*.

Não se nega que, de fato, o entendimento adotado até o momento é no sentido de que quarto de motel é considerado como local de execução pública, *de frequência coletiva*, nos moldes do previsto nos §§ 2º e 3º do art. 68 da Lei n. 9.610/1998, o que atrairia a incidência do enunciado da Súmula n. 63-STJ *in casu*.

O em. Ministro Massami Uyeda, ao julgar o REsp n. 1.088.045-RJ, tem posição contrária em brilhante voto, mas que vai de encontro com o decidido pela 2ª Seção.

Com efeito, o provimento do Recurso Especial se impõe, mas em parte. v v

Isso porque a multa estabelecida pelo art. 109 da Lei n. 9.610/1998 tem sido reiteradamente repelida por esta eg. Corte, somente a admitindo quando ocorrente a hipótese de procedimento doloso, o que não se verifica nestes autos, como decidido no *REsp n. 742.426-RJ*, relator *Ministro Aldir Passarinho Júnior*, julgada à unanimidade na sessão do dia 18 de fevereiro de 2010.

Há de ser, portanto, excluída.

Com esses fundamentos, *conheço do recurso especial, em parte, e nesta extensão lhe dou parcial provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau, excluída a multa do art. 109 da Lei n. 9.610/1998.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 732.189-RS (2005/0039958-8)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogado: Gilberto Eifler Moraes e outro(s)

Recorrido: Nivia Cristina Ribeiro da Rocha

Advogado: Luiz Henrique Cassales e outro(s)

EMENTA

Civil. Ação indenizatória. Débito. Acordo para pagamento. Restrição cadastral interna. Recusa ao fornecimento de talonário de cheques. Impossibilidade. Supressão de crédito e vantagens a cliente. Ato compatível com a redução da confiança causada por inadimplência anterior. Ilícito reconhecido apenas parcialmente. Valor indenizatório reduzido.

I. A relação instituição bancária/cliente, para fins de obtenção de crédito, vantagens e tratamento privilegiado, tem como elemento essencial a confiança, que é conquistada pelo correntista ao longo do tempo, pela avaliação de dados como a pontualidade, capacidade econômica, idoneidade, e outros mais.

II. Destarte, ocorrendo inadimplência por longo tempo, ainda que contornada, posteriormente, através de transação que abateu parte da dívida, natural que haja um abalo no *status* então já alcançado, o que justifica a atitude do banco em suprimir certos benefícios anteriores e negar a concessão de novos créditos internamente, no âmbito da própria instituição, sem com isso incidir em prática ilícita.

III. Extrapola, no entanto, essa faculdade, o bloqueio de talonário de cheques da correntista, porquanto é direito do cliente a livre movimentação, de modo usual, seguro e cômodo, do saldo positivo que mantém junto ao banco, e sobre o qual não pesam quaisquer restrições legais ou de ordem judicial, de modo que a restrição injustamente imposta pelo réu causa constrangimento e fere direitos suscetíveis de reparação, nos termos do art. 159 do Código Civil anterior, vigente à época dos fatos.

IV. Redução do *quantum* indenizatório, para compatibilizá-lo com o porte da lesão, que se tem como menor que a admitida pela instância *a quo*.

V. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP).

Dr(a). Ana Diva Teles Ramos Ehrich, pela parte Recorrente: Banco do Brasil S/A

Brasília (DF), 09 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 12.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Banco do Brasil S.A. interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 157):

Responsabilidade civil. Banco. Restrições internas. Dano moral.

Afigura-se ilegal e abusiva a imposição de restrições internas a cliente de banco decorrente de débito já considerado quitado. Resignando-se a instituição bancária no recebimento de quantia a menor, inclusive com a liberação de restrições cadastrais, não pode persistir na imposição de restrições internas, como a negativa de fornecimento de talões de cheques.

Dano moral configurado. Critério de quantificação do dano. Multa pelo descumprimento, consoante art. 461 c.c. art. 287 do CPC.

Apelo parcialmente provido.

Alega o recorrente que a decisão é nula pelo não enfrentamento das questões suscitadas, com ofensa ao art. 535, II, do CPC.

Aduz que houve excesso na condenação por dano moral, à vista da conduta da recorrida, proporcionando enriquecimento sem causa pela imposição, além da indenização, de uma multa diária de R\$ 1.000,00 reais até o levantamento das restrições cadastrais.

Salienta, mais, que constitui uma faculdade do banco conceder ou não crédito, cabendo-lhe privilegiar os bons clientes e evitar que maus pagadores obtenham talonários de cheque e cartão de crédito, pois o seu mau uso depõe contra o nome da instituição recorrente.

Aponta contrariedade aos arts. 159 e 160, I, do Código Civil anterior.

Invoca precedentes em amparo a sua tese.

Sem contrarrazões (fl. 195).

O recurso especial não foi admitido na instância de origem (fls. 197-199), subindo ao STJ por força de provimento dado ao Ag n. 627.583-RS.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial ajuizado pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que condenou o Banco do Brasil S.A. ao pagamento de indenização por haver a autora sofrido restrições cadastrais internas por parte do réu.

O voto condutor do aresto objurgado, de relatoria do eminente Desembargador Luiz Lúcio Merg, traz a seguinte fundamentação (fls. 159-162):

A hipótese retratada nos autos diz com a responsabilidade de instituição financeira pela imposição de restrições internas à demandante, decorrentes de abatimento negocial de dívida anteriormente contraída e, na época, impaga.

As restrições cingem-se na não concessão de talões de cheques, bem como bloqueio de limite dos serviços de CDC, BB Crédito informática e BB Crédito Turismo.

A negativa, segundo a requerida, embasa-se na realização de acordo quanto ao débito antigo, originário de “adiantamento a depositantes” – leia-se, apuração de saldo devedor em conta corrente. Dita pendência era originária de conta corrente que a autora mantinha conjuntamente com seu ex-marido, cujo contrato perdurou até 29.01.2001.

Diante da inadimplência, a requerente e seu cônjuge foram inscritos nos cadastros de restrições ao crédito, o que se deu em maio de 1996. No ano seguinte, a autora dirigiu-se a sede da requerida, a fim de solver o débito, momento em que “lhe foi oferecido a possibilidade de quitar a dívida, não implicando desta forma, em qualquer inclusão nos cadastros restritivos de crédito”, ao que anuiu a autora.

Na contestação das fls. 47-66, a apelada refere que a autora achou bom e procedeu ao pagamento, estando livre para pleitear créditos em qualquer estabelecimento, seja comercial, financeiro, enfim, não houve qualquer incômodo para seguir normalmente com a sua rotina diária. Menciona, ainda, que fez a sua parte, concedendo-lhe abatimento negocial de modo que pudesse livremente negociar com outras instituições que de alguma maneira fornecem crédito, mas que a contrapartida consistiu em não poder mais operar com o banco réu enquanto não fosse pago o que havia recebido de abatimento.

Tal “ônus” seria de conhecimento da autora/apelante, a qual teria assentido quanto a referida carga.

Não obstante a alusão a essa operação (n. 96/00106-2, consoante informação da fl. 48), em nenhum momento o apelado trouxe aos autos demonstrativos de que efetivamente a autora aceitou dita vantagem e por corolário, as restrições internas quanto aos serviços oferecidos pela ré. Ônus esse que lhe cabia, a teor do art. 333, inciso II do CPC, o qual reputa de responsabilidade do réu a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Embora tenha manifestado-me, quando do julgamento do agravo de instrumento n. 70003802899, no sentido de a concessão de crédito constituir-se num ato discricionário do banco, inserindo-se no âmbito do exercício regular de seu direito, devo admitir que a questão retratada refoge aos limites daquela interpretação. Digo isso pelo fato da instituição bancária admitir como digno de aceitação a permanente existência de um crédito já considerado por ela quitado.

Se a ré resignou-se com pagamento a menor, quitando a dívida, inclusive com a liberação das restrições cadastrais, não pode ela impor restrições outras, com apoio na vantagem supostamente obtida pela autora. Seja porque o ordenamento processual dispõe de instrumentos específicos para a cobrança da dívida, seja porque a afirmação do assentimento da autora/apelante quanto a imposição de restrições internas não veio corroborado nos autos.

Não fosse isso, há o fato do banco ter concedido, inicialmente, os serviços pleiteados pela autora, tanto que os extratos juntados às fls. 23-26, dão conta da existência de bloqueio quanto aos serviços já mencionados, não obstante saldo positivo em conta corrente.

Ora, inexistindo qualquer restrição cadastral em nome da autora, não há motivos para dito bloqueio, mais ainda quando os serviços foram inicialmente alcançados.

Penso que situação como a presente afigura-se abusiva e inaceitável, sobretudo hodiernamente, onde as relações comerciais se efetivam de forma quase instantâneas, em franco processo de globalização, mormente no âmbito negocial. Patente assim, a importância do crédito no normal desenrolar da vida em sociedade. Logo, claramente abusiva a conduta da ré, que reduziu a autora apelante a uma cliente de classe inferior, pois, embora nada devesse e mesmo possuindo crédito em conta corrente, não tinha sequer acesso a talão de cheque. Restando-lhe, apenas, a alternativa humilhante de servir-se de conhecidos, a quem recorria para “empréstimos de cheques”.

Nesse sentido, os depoimentos das testemunhas Isabel Cristina da Rocha Poggetti - fl. 105, Ivan Poggetti - fl. 106, e Vera Lúcia Pereira da Rosa - fl. 107.

Comportamentos como esses causam espécie a esse julgador, em nada contribuindo para o crescimento da sociedade, pois ferem frontalmente o princípio da dignidade e da igualdade insculpidos na Constituição Federal. O fato de a autora perceber valores não tão expressivos não a torna uma cliente com menos direitos, nem dispensa tratamento adequado, sob pena de se legitimar o abuso de direito, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Infelizmente a hipótese retratada nos autos, está longe de ser uma exceção, mas que pelo seu caráter danoso urge seja rechaçada pelos pretórios.

Estou em que a decisão merece parcial reparo.

De efeito, se foi possível à autora a composição do seu débito, reconhecidamente existente, e cujo acordo permitiu um abatimento no seu montante, inexistente razão para que o banco restrinja o uso de talonário de cheques para disposição de valores existentes em sua conta corrente, uma vez que se cuida de meio de saque usual e não havia qualquer arresto ou penhora sobre tais depósitos. Bloquear ou dificultar a retirada de valores depositados,

pertencentes ao cliente, via cheque, causa constrangimento, aborrecimentos acima do admissível, que devem ser objeto de reparação.

Por outro lado, não me parece absolutamente razoável, após a inadimplência dos correntistas conjuntos, inclusive sua legítima inscrição, na ocasião, em órgão cadastral, compelir-se o banco a manter o *status* da cliente como se não houvera nada. Os créditos, benefícios, tratamento privilegiado e outras tantas vantagens, são conquistados, no sistema bancário, pela confiança, idoneidade, adimplemento contratual, pontualidade demonstradas na relação instituição/cliente, ao longo do tempo. Daí porque não há garantia de manutenção das conquistas anteriores, se determinado fato desabonador tiver ocorrido de modo a abalar a dita relação contratual.

Como se viu, existiram motivos suficientes para que a confiança antes depositada na cliente fosse afetada. Composta a dívida, abrindo mão o banco de parte de seu crédito, lídimo o fornecimento de talões de cheques, já que a conta corrente foi mantida, também no interesse da instituição. Mas apenas até aí.

Quaisquer outros benefícios podiam ser revistos, e, nitidamente, a concessão de crédito, CDC e outras operações que não sejam aquelas minimamente necessárias para a manutenção e movimentação da conta, estão entre eles. Sua supressão pelo banco é lícita, até que a confiança seja reconquistada. E, é claro, a autora está livre para abrir conta em outro lugar.

Portanto, em suma, reconheço a configuração do dano moral no que se refere à não concessão do talonário de cheques, mas não em relação às restrições restantes descritas à fl. 160.

Destarte, em consequência, tenho que o valor da indenização se me afigura elevado, incompatível com a lesão, pelo que, reconhecendo a desproporcionalidade da condenação em danos morais, reduzo-a a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados a partir da presente data.

No mesmo compasso, reduzo a multa fixada pelo Tribunal, para R\$ 100,00 (cem reais) por dia, até que seja-lhe entregue o talonário de cheques, devida, entretanto, *somente a partir do quinto dia depois de intimado o banco para o cumprimento do presente acórdão.*

Custas e honorários advocatícios pelo réu, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento, nos termos acima.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 794.752-MA (2005/0182889-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Banco ABN Amro Real S/A

Advogado: Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e outro(s)

Recorrente: Banco do Nordeste do Brasil S/A - BNB

Advogada: Ana Carolina Martins de Araújo e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão

EMENTA

Civil e Processual Civil. Ação civil pública. Ministério Público do Estado do Maranhão. Legitimidade. Ilegalidade da cobrança de tarifa sob emissão de boleto bancário.

1. O Tribunal *a quo* manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.

2. A falta de prequestionamento em relação aos arts. 4º, 9º, 10 e 11, da Lei n. 4.595/1964, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula n. 211-STJ.

3. Portarias, circulares e resoluções não se encontram inseridas no conceito de lei federal para o efeito de interposição deste apelo nobre. Precedentes.

4. Não se verifica a alegada vulneração dos artigos 458 do Código de Processo Civil, porquanto a Corte local apreciou a lide, discutindo e dirimindo as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas.

5. A presente ação civil pública foi proposta com base nos “interesses individuais homogêneos” do consumidores/usuários do serviço bancário, tutelados pela Lei n. 8.078, em seu art. 81, parágrafo único, inciso III, ou seja, aqueles entendidos como decorrentes de origem comum, consoante demonstrado pelo Tribunal de origem, motivo pelo qual não há falar em falta de legitimação do Ministério Público para propor a ação.

6. A relação jurídica existente entre o contratante/usuário de serviços bancários e a instituição financeira é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme decidiu a Suprema Corte na ADI n. 2.591. Precedentes.

7. Sendo os serviços prestados pelo Banco remunerados pela tarifa interbancária, conforme referido pelo Tribunal de origem, a cobrança de tarifa dos consumidores pelo pagamento mediante boleto/ficha de compensação constitui enriquecimento sem causa por parte das instituições financeiras, pois há “dupla remuneração” pelo mesmo serviço, importando em vantagem exagerada dos Bancos em detrimento dos consumidores, razão pela qual abusiva a cobrança da tarifa, nos termos do art. 39, V, do CDC c.c. art. 51, § 1º, I e III, do CDC.

8. O pedido de indenização pelos valores pagos em razão da cobrança de emissão de boleto bancário, seja de forma simples, seja em dobro, não é cabível, tendo em vista que a presente ação civil pública busca a proteção dos interesses individuais homogêneos de caráter indivisível.

9. A multa cominatória, em caso de descumprimento da obrigação de não fazer, deverá ser destinada ao Fundo indicado pelo Ministério Público, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/1985, uma vez que não é possível determinar a quantidade de consumidores lesados pela cobrança indevida da tarifa sob a emissão de boleto bancário.

10. Recursos especiais conhecidos em parte e, nesta parte, providos.

ACÓRDÃO

Retificando a proclamação feita em 18 de fevereiro de 2010, a Turma, por unanimidade, conheceu em parte dos recursos especiais e, nessa parte, deu-lhes

provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 16 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 12.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Maranhão em face de Banco ABN AMRO Real S/A, Banco Bandeirantes S/A, HSBC Bank Brasil S/A, Banco de Crédito Nacional S/A - BCN, Banco do Estado do Maranhão S/A - BEM, Banco Rural S/A e Banco do Nordeste do Brasil S/A. Narra o autor que, não obstante a edição da Resolução n. 2.303/1996 pelo Banco Central, que disciplina a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras, os bancos continuaram a cobrar tarifa indevida e abusiva pelo recebimento, em suas agências, de boletos bancários/fichas de compensação, de tal sorte que o consumidor, além de pagar a obrigação constante do título, mais encargos moratórios eventualmente existentes, é compelido a pagar também importância adicional para que o título possa ser quitado na agência bancária. Aduz, ainda, que o consumidor, cliente ou não dos réus, não firmou contrato nesse sentido, não sendo responsável pelo custo oriundo da prestação de serviço, o que tipifica uma vantagem indevida dos réus. Afirma, também, que a ilegalidade da tarifa imposta ao consumidor foi reconhecida pela Febraban, haja vista a existência de tarifa interbancária instituída exclusivamente para remunerar o anco recebedor.

O Juízo de primeira instância julgou parcialmente procedente o pedido, condenando os requeridos a absterem-se da cobrança a pessoa física de remuneração ou tarifa pelo recebimento, até a data de seu vencimento, de dívida em dinheiro constantes de boletos/fichas de compensação ou documento bancário equivalente, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais),

por cada cobrança tarifária realizada, a reverter-se em favor de fundo público a ser indicado pelo Ministério Público.

Opostos embargos de declaração (fls. 288-297 e 300-301), foram providos para descolher a suscitada carência de ação por parte do Ministério Público (fls. 302-303).

Os réus apelaram (fls. 305-332, 336-347 e 351-382).

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão acolheu, em parte, o apelo do Ministério Público e negou provimento aos recursos dos Bancos, restando o acórdão assim ementado:

Processual Civil e Consumidor. Apelos. Ação civil pública. Aplicação do CDC aos bancos. Suspensão da cobrança da tarifa pela prestação do serviço de recebimento de boleto/ficha de compensação. Exigência abusiva. Dever de indenizar o consumidor lesado reconhecida. Inteligência dos arts. 42, parágrafo único, 79, do CDC, e art. 3º, da Lei n. 7.347/1995. Apelo interposto pelo Ministério Público parcialmente provido e demais improvidos.

O CDC, conforme entendimento pacífico da Corte Superior, é aplicável aos Bancos, que por sua natureza tem seu conceito englobado pela definição de prestadores de serviços contemplados no artigo 3º, § 2º da Lei n. 8.078/1990.

A cobrança da tarifa sobre o recebimento do boleto/ficha de compensação é abusiva e se consubstancia em enriquecimento sem causa, vez que as despesas com tal procedimento, seja administrativo ou não, já é remunerado pela Tarifa Interbancária, conforme reconhece a Febraban no Comunicado FB - 049/2002, item 2.1. Ademais, cabe ao consumidor, por óbvio, apenas o pagamento da prestação que assumiu, e eventualmente, os encargos advindos do pagamento extemporâneo do boleto bancário, não lhe sendo razoável, portanto, atribuir-lhe outra obrigação que não seja aquela previamente assumida.

O reconhecimento judicial da ilegalidade da cobrança da tarifa, em razão do que dispõe o art. 42, do CDC, impõe aos agentes o dever de restituírem, em dobro, os valores definidos como tarifa do sacado, cobrados indevidamente aos usuários dos serviços de compensação prestados em suas agências e postos.

Apelos interpostos pelas instituições bancárias improvidos. Recurso manejado pelo Ministério Público parcialmente provido. Unanimidade. (fl. 619)

Opostos embargos de declaração (fls. 633-639 e 641-643), foram rejeitados (fls. 699-703 e 704-708).

Inconformados, os réus interpuseram recursos especiais (fls. 729-751 e 774-785), fundados na alínea **a** do permissivo constitucional, alegando, em síntese:

1) *Banco ABN AMRO Real S/A, Banco Bandeirantes S/A, HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo S/A, Banco de Crédito Nacional S/A - BCN e Banco do Estado do Maranhão S/A - BEM* (fls. 729-751):

a) violação ao art. 535, II, do CPC, pois o Tribunal de origem não reconheceu as omissões apontadas nos embargos de declaração, especialmente no tocante à apontada competência legalmente atribuída ao Banco Central do Brasil para a fiscalização da execução da política monetária formulada pelo Conselho Monetário Nacional, o que inclui as tarifas cobradas por instituições financeiras;

b) violação ao art. 267, VI, CPC e ao art. 81, da Lei n. 8.078/1990, pois os alegados direitos dos clientes dos recorrentes não são difusos, coletivos e, tampouco, individuais homogêneos, não havendo legitimidade ativa da ação para o Ministério Público;

c) violação aos arts. 2º e 3º, da Lei n. 8.078/1990, pois as atividades dos recorrentes não são passíveis de subsunção ao conceito legal de fornecedor;

d) violação aos arts. 4º, 9º, 10 e 11, da Lei n. 4.595/1964 c.c. art. 51, da Lei n. 8.078/1990, pois as instituições financeiras estão adstritas ao cumprimento das determinações emanadas do Conselho Monetário Nacional e Banco Central, sob pena de incorrerem nas sanções estabelecidas pela legislação vigente;

e) violação ao art. 42 da Lei n. 8.078/1990, porquanto sendo indiscutível a existência de previsão contratual expressa acerca da possibilidade de cobrança da tarifa discutida nos autos, a repetição em dobro dos valores cobrados fica condicionada à comprovação de que houve má-fé ou erro inescusável da parte que teria incorrido na conduta abusiva;

f) violação aos arts. 13 da Lei n. 7.347/1985 e, 97, 98, 99 e 100 da Lei n. 8.078/1990, tendo em vista a impossibilidade de determinar os valores que deverão ser destinados ao fundo de que trata o arts. 13 da Lei n. 7.347/1985, visto que o depósito de tais valores é necessariamente subsidiário às liquidações individuais.

2) *Banco do Nordeste do Brasil S/A* (fls. 774-785):

a) violação ao art. 458 do CPC, pois o acórdão recorrido não está bem fundamentado, visto que não fixou o valor a ser devolvido e, tampouco, o período que incidirá a condenação;

b) violação ao art. 4º, IX, da Lei n. 4.595/1964 e à Resolução n. 2.303 do Banco Central, pois o Banco Central, que disciplina a cobrança de tarifas pela

prestação de serviços por parte de instituições financeiras, não veda a cobrança da tarifa em questão;

c) violação ao art. 42 do CDC, pois a cobrança de tarifa sob a emissão de boleto bancário não é ilegal e não restou demonstrada a má-fé do Banco recorrente.

Admitidos ambos os recursos especiais (fls. 834-835 e 838-839), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal apresentou parecer (fls. 846-856), opinando pelo conhecimento e, no mérito, pelo improvimento de ambos, para que seja mantida a decisão do Tribunal de origem, contando o parecer com a seguinte ementa:

1. Processual Civil. Contratos. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Aplicação do CDC aos bancos. Suspensão de cobrança da tarifa pela prestação do serviço de recebimento de boleto/ficha de compensação.

2. Os direitos dos consumidores, no caso em exame, são individuais homogêneos de origem comum, e modo a atrair tanto a legitimidade do *parquet* para a propositura da Ação, quanto a aplicação do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

3. O CDC é aplicável às instituições financeiras. Inteligência da Súmula n. 297-STJ. Embora inexistente lei específica vedando a cobrança da tarifa em discussão nos presentes autos, restou evidenciado a ocorrência da prática abusiva pelos Recorrentes, configurando-se a violação ao disposto nos arts. 39, inciso V e 51, § 1º, inciso I, do CDC, a tornar obrigatória a restituição de valores em dobro, na forma do art. 42 da Lei n. 8.078/1990.

4. Despesas com a cobrança de tarifa sobre o recebimento do boleto/ficha de compensação são remuneradas pela Tarifa Interbancária. Reconhecimento da Febraban.

5. Violação ao art. 4º, IX, da Lei n. 4.595/1964. Inocorrência. Cobrança imposta abusivamente ao consumidor. Violação ao art. 535, II, do CPC. Ausência de omissão. Manifestação implícita.

6. Parecer do MPF pelo conhecimento dos Recursos Especiais, e no mérito, pelo improvimento de ambos, para que seja mantida a decisão do Tribunal de origem em todos os seus termos. (fl. 846)

Também registro que foram admitidos dois recursos extraordinários (fls. 711-724 e 759-769), ainda não apreciados pela Suprema Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Primeiramente, não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. O Eg. Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

Além disso, basta que o órgão julgador decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Não há omissão, tampouco, quando o julgador adota outro fundamento que não aquele perquirido pela parte (AgRg no Ag n. 428.554-RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 17.06.2003, DJ 12.08.2003, p. 219; REsp n. 726.408-DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 18.12.2009; REsp n. 679.135.GO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 08.02.2010).

No caso, o embargante pretendia que o Tribunal de origem apreciasse o tema relativo a competência para formulação e execução da Política Monetária Nacional do país, afetas ao Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil, incluindo a regulamentação das tarifas bancárias, pois tais valores cobrados pelos recorrentes foram consentidos por aqueles órgãos.

Contudo, o Tribunal de origem manifestou que, embora a regulamentação não vede a cobrança da tarifa discutida, esta constitui prática abusiva, nos termos do art. 6º e 51 do CDC (fls. 702-703).

3. Verifica-se, também, que os arts. 4º, 9º, 10 e 11, da Lei n. 4.595/1964 não foram objeto de debate no acórdão recorrido. Desatendido, portanto, o requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211-STJ.

Para que se configure o prequestionamento, é necessário que o Tribunal *a quo* se pronuncie especificamente sobre a matéria articulada pelo recorrente, emitindo juízo de valor em relação aos dispositivos legais indicados e examinando a sua aplicação ou não ao caso concreto (AgRg no Ag n. 998.033-SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 07.08.2008, DJe 25.08.2008; AgRg no Ag n. 985.902-PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 26.05.2008; EDcl no Ag n. 894.040-SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 20.11.2007, DJ 03.12.2007, p. 322).

Admite-se o prequestionamento implícito para conhecimento do recurso especial, desde que demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese à luz da legislação federal indicada, o que, repita-se, não ocorreu no presente caso.

4. Ademais, portarias, circulares e resoluções, como a Resolução n. 2.303 do Banco Central do Brasil, não se encontram inseridas no conceito de lei federal para o efeito de interposição deste apelo nobre. Confirmam-se os seguintes precedentes: AgRg no Ag n. 115.894-DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 24.03.1997, DJ 26.05.1997, p. 22.535; REsp n. 1.138.547-SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.10.2009, DJe 28.10.2009; AgRg no REsp n. 658.339-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 04.02.2010).

5. Não se verifica, tampouco, a alegada vulneração dos artigos 458 do Código de Processo Civil, porquanto a Corte local apreciou a lide, discutindo e dirimindo as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas. O teor do acórdão recorrido resulta de exercício lógico, restando mantida a pertinência entre os fundamentos e a conclusão.

6. A questão central da demanda é relativa à possibilidade de cobrança de tarifas bancárias por pagamentos efetuados mediante boletos ou fichas de compensação.

Nesse passo, o Ministério Público do Estado do Maranhão propôs ação civil pública com base nos “interesses individuais homogêneos” dos consumidores/usuários do serviço bancário, tutelados pela Lei n. 8.078, em seu art. 81, inciso III, ou seja, aqueles entendidos como decorrentes de origem comum.

Daí a sua legitimação prevista no art. 82, I, do citado diploma legal.

Sobre o ponto, assim se manifestou o Tribunal de origem:

No que tange ao caso em exame, e considerando os argumentos delineados anteriormente, resta caracterizado que há uma relação de consumo entre as instituições financeiras apelantes e a gama de consumidores que se utilizam de seus serviços, configurando e caracterizando o exercício de direitos individuais homogêneos de origem comum, portanto, passivo de defesa mediante Ação Civil Pública.

Ora, o pagamento de dívidas assumidas pelos consumidores através do boleto bancário (ficha de compensação), não obstante derivarem de operações diversas, geram, pela natureza do serviço utilizado através dos pagamentos nas agências bancárias, o exercício de um direito com origem comum e com pluralidade de

titulares, de forma que, quaisquer dos consumidores que se sentissem lesados pelo serviço, poderiam, isoladamente, ajuizar uma ação em defesa do direito que lhes assistem.

Objetivamente, a cobrança de tarifa combatida recai sobre consumidores de forma indiscriminada e concomitantemente ao pagamento do boleto bancário, constituindo uma lesão que, assemelhando-se à definição de direitos individuais homogêneos, tem a mesma origem e pluralidade de titulares em face do contingente de consumidores supostamente lesados, legitimando o Ministério Público a defendê-los através da Ação Civil Pública. (fls. 625-626)

Assim, malgrado a controvérsia acerca da natureza jurídica do “interesse” em exame, pelas circunstâncias do caso identificadas pelo Tribunal de origem e a leitura atenta da peça inaugural, parece claro que o autor visa a proteção de “interesses individuais homogêneos”, aplicando-se à hipótese o disposto no art. 81, III, CDC.

Com efeito, Hugo Nigro Mazzilli, em sua conhecida obra “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, leciona que coletivos “são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum” (p. 46, 12ª ed.). Em seguida, o mencionado jurista traça a distinção entre os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos:

Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica. Os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; contudo, só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem de fato comum. Exemplifiquemos com o aumento ilegal de prestações de um consórcio. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma indivisível e não quantificável: a ilegalidade do aumento não será maior para quem tenha mais cotas: a ilegalidade será igual para todos (interesse coletivo). Entretanto, é divisível a pretensão de repetição do que se pagou ilegalmente a mais; tendo havido pagamentos, os prejuízos serão individualizáveis (interesses individuais homogêneos). Sem dúvida, na mesma ação civil pública, será possível pedir não só a nulidade do aumento ilegalmente aplicado, a ser decidida identicamente para todos os integrantes do grupo (interesse coletivo), como também a repetição do indébito, que há de favorecer cada integrante do grupo de forma divisível e individualmente variável (interesses individuais homogêneos). (ob. citada, p. 46-47).

Cuidando-se, assim, na espécie em exame, de perseguida proteção dos direitos individuais homogêneos do consumidor e, estando inclusas, dentre as finalidades primordiais do Ministério Público, a defesa do consumidor, conforme prevêem os arts. 127 da CF e 21 da Lei n. 7.327/1985, indiscutível é a legitimação do Ministério Público Estadual para intentar a presente ação civil pública.

Nesse sentido o REsp n. 168.859-RJ, que sob a relatoria do e. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, pontificou:

Ação civil pública. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Cláusulas abusivas. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente em interesse social compatível com a finalidade da instituição. Nulidade de cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para aquisição de imóveis, que seriam contrárias à legislação em vigor. Art. 81, parágrafo único, III e art. 82, I, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes. Recurso conhecido e provido.

Nessa mesma linha podem ainda ser evocados os REsp n. 177.965-PR, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar (*in* RSTJ vol. 123, p. 317), REsp n. 294.636-RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 16.09.2002 e 105.215-DF, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (*in* RSTJ vol. 98, p. 311-312).

7. No tocante à alegada violação aos arts. 2º e 3º do CDC, sem razão os recorrentes.

Conforme decidiu a Suprema Corte na ADI n. 2.591, que confirmou a constitucionalidade do artigo 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/1990 em relação aos “serviços de natureza bancária”, a relação jurídica existente entre o contratante/ usuário de serviços bancários e a instituição financeira é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o tema já tive a oportunidade de me manifestar ao proferir voto-vista no REsp n. 1.014.547-DF, de relatoria do e. Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 25.08.2009, destacando que:

Tal questão encontra-se sumulada nesta Corte, como se extrai da leitura do Enunciado n. 297:

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

A matéria também foi submetida à Suprema Corte, que, ao julgar a ADIn n. 2.591-1-DF, conhecida como “ADIn dos Bancos”, em momento algum impôs tal limitação, ficando registrado na ementa, na parte em que interessa:

As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Da leitura dos votos proferidos naquela ocasião, evidencia-se que a menção aos serviços de natureza bancária deu-se no intuito de alargar o alcance do Código de Defesa do Consumidor, e não de restringir a aplicação de tal diploma às atividades bancárias.

Confira-se o voto do Ministro Carlos Velloso:

Em suma, a defesa do consumidor constitui princípio constitucional, que se realiza mediante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mandado elaborar pela Constituição, ADCT, art. 48. Esse diploma legal, o Código de Defesa do Consumidor, não interfere com o Sistema Financeiro Nacional, art. 192 da Constituição, em termos institucionais, já que o Código limita-se a proteger e defender o consumidor, o que não implica, repete-se, interferência no Sistema Financeiro Nacional. Protegendo e defendendo o consumidor, realiza o Código o princípio constitucional. Atualmente, o Sistema Financeiro Nacional é regulado pela Lei n. 4.595/1964, recebida pela CF/1988 como lei complementar naquilo em que ela regula e disciplina o Sistema, não existindo entre aquela lei e a Lei n. 8.078, de 1990 – Cód. de Defesa do Consumidor – antinomias. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se às atividades bancárias da mesma forma que a essas atividades são aplicáveis, sempre que couber, o Cód. Civil, o Cód. Comercial, o Código Tributário Nacional, a Consolidação das Leis Trabalhistas e tantas outras leis. A alegação no sentido de que a norma do § 2º do art. 3º da Lei n. 8.078/1990 – “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” – seria desarrazoada, ou ofensiva ao princípio da proporcionalidade, porque estaria tratando as entidades bancárias da mesma forma como trata os demais fornecedores de produtos ou serviços, assim violadora de devido processo legal em termos substantivos – C.F., art. 5º, LIV – não tem procedência. Desarrazoado seria se o Código de Defesa do Consumidor discriminasse em favor das entidades bancárias. Aí, sim, porque inexistente fator justificador do *discrimen*, teríamos norma desarrazoada, ofensiva, por isso, mesmo, ao substantive *due process of law*, que hoje integra o Direito Constitucional positivo brasileiro (C.F., art. 5º, LIV).

No voto do Ministro Eros Grau, ficou consignado:

Também não resta dúvida no que tange à caracterização do cliente de instituição financeira como consumidor, para os fins do artigo 170 da Constituição do Brasil. A relação entre banco e cliente é, nitidamente, uma relação de consumo, protegida constitucionalmente (arts. 3º, XXXII, e 170, V, da CF/1988). Como observei também em outra oportunidade, o Código define “consumidor”, “fornecedor”, “produto” e “serviço”. Entende-se como “consumidor”, como “fornecedor”, como “produto” e como “serviço”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, o que descrito está no seu art. 2º e no seu art. 3º e §§ 1º e 2º. Inútil, diante disso, qualquer esforço retórico desenvolvido com base no senso comum ou em disciplinas científicas para negar os enunciados desses preceitos normativos. Não importa seja possível comprovar, por a + b, que tal ente ou entidade não pode ser entendido, economicamente, como consumidor ou fornecedor. O jurista, o profissional do direito não perde tempo em cogitações como tais. Diante da definição legal, força é acatá-la. Cuide apenas de pesquisar os significados dos vocábulos e expressões que compõem a definição e de apurar da sua coerência com o ordenamento constitucional. O art. 2º do Código diz que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. E o § 2º do art. 3º define como serviço “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de natureza trabalhista”. Assim, temos que, para os efeitos do Código do Consumidor, é “consumidor”, inquestionavelmente, toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. Isso não apenas me parece, como efetivamente é, inquestionável. Por certo que as instituições financeiras estão, todas elas, sujeitas ao cumprimento das normas estatuídas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio arremata:

Temos, na Constituição Federal, inúmeros dispositivos que versam sobre a proteção ao consumidor e notamos que a Carta de 1988 deu – e o fez de forma, a meu ver, no campo didático – uma ênfase maior à dignidade da pessoa humana. O que se articula nesta ação? O conflito do Código do Consumidor, vigente desde 1990, passados os cento e oitenta dias da *vacatio legis*, com a própria Lei Fundamental. O código é explícito ao revelar que se tem como alcançados serviços em qualquer atividade, no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive aqueles serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e, também, os decorrentes da atuação securitária, salvo o que disser respeito às relações trabalhistas. O Código do Consumidor, a meu ver, tal como o Código Nacional de Trânsito, implicou avanço no campo social (...) – sem grifos nos originais.

Indiscutível, portanto, a aplicação do CDC aos contratos firmados pela autora, em toda sua extensão, não cabendo a restrição pretendida pelo eminente Relator.

Nesse sentido também os seguintes precedentes desta Corte: REsp n. 537.652-RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 08.09.2009, DJe 21.09.2009; AgRg no REsp n. 1.021.161-RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 17.04.2008, DJe 05.05.2008; REsp n. 894.385-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27.03.2007, DJ 16.04.2007, p. 199.

8. Quanto à alegada violação ao art. 51, da Lei n. 8.078/1990, o Tribunal local referiu que:

Devo esclarecer que a cobrança dessa tarifa, quando do pagamento dos boletos bancários nas agências dos bancos recorrentes, se constitui em exigência tarifária não deferida ou legalizada expressamente em qualquer ato ou texto normativo, da mesma forma que não existe previsão legal para sua inexistência.

Porém, o reconhecimento da abusividade dessa cobrança advém da lógica e do bom senso, que aliás, foram bem apresentados e defendidos no texto do Comunicado FB – 049/2002 (fls. 51), em que a Febraban - Federação Brasileira das Associações de Banco, reiterando a Carta Circular BAG 70318/97, e as Circulares FB n. 385/1997, FB 168/1999, FB 058/2000, recomendou a todos os bancos que “Face à continuidade de inúmeras ocorrências e reclamações – ao Banco Central, Procons e à Federação – a respeito da cobrança de tarifa aos clientes ou usuários que apresentem para pagamento boletos de outros bancos relativos à títulos em cobrança, conhecida como “tarifa do sacado”, a Diretoria Executiva, reunida em 20.03.2002, e o Conselho Diretor, nesta data, decidiram recomendar aos bancos que reforcem sua orientação no sentido de: suspender a cobrança desse serviço e eliminar essa tarifa das tabelas de preços de serviços afixados nas suas agências e postos de serviços”.

Nessa mesma Carta Circular, a Febraban justifica essa decisão, aduzindo para tanto “já existir Tarifa Interbancária – criada por protocolo assinado em 27.06.1995, pela Febraban, Asbace, Abib, Abbc e o Banco do Brasil, como executante do Serviço de Compensação – justamente para ressarcir os custos dos bancos recebedores nesta prestação de serviços.”

Dado a essas razões, e à existência da Tarifa Interbancária retro mencionada, a cobrança da tarifa sobre o recebimento do boleto/ficha de compensação é abusiva e se consubstancia em enriquecimento sem causa, vez que as despesas com o procedimento, seja administrativo ou não, já é remunerado conforme reconhece a Febraban no Comunicado FB – 049/2002, item 2.1. (fl. 627)

Portanto, sendo os serviços prestados pelo Banco remunerados pela tarifa interbancária, conforme referido pelo Tribunal de origem, a cobrança de tarifa

dos consumidores pelo pagamento mediante boleto/ficha de compensação constitui enriquecimento sem causa por parte das instituições financeira, pois há “dupla remuneração” pelo mesmo serviço, importando em vantagem exagerada dos Bancos em detrimento dos consumidores.

Nesse passo, cabe ao consumidor apenas o pagamento da prestação que assumiu junto ao seu credor, não sendo razoável que seja responsabilizado pela remuneração de serviço com o qual não se obrigou, nem tampouco contratou, mas lhe é imposto como condição para quitar a fatura recebida, seja em relação a terceiro, seja do próprio Banco.

Desta feita, importando a referida prática, como restou demonstrado, em vantagem exagerada dos Bancos em detrimento dos consumidores, é abusiva a cobrança da tarifa pela emissão do boleto bancário, nos termos do art. 39, V, do CDC c.c. art. 51, § 1º, I e III, do CDC, que dispõe, respectivamente:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

(...)

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

De fato, a cobrança ora em análise é fruto de uma imposição ao consumidor pelo simples pagamento, ainda que dentro do prazo de vencimento, por meio de boleto bancário. Ao consumidor não resta senão se submeter à cobrança, pois não lhe é fornecido outro meio para adimplir suas obrigações, o que gera um desequilíbrio entre partes.

9. Cumpre ressaltar, contudo, que no tocante à pretensão de devolução em dobro dos valores pagos em razão da cobrança de emissão de boleto bancário, prosperam os recursos dos Bancos.

A sentença assim julgou os pedidos:

Ante o exposto, julgo em parte procedente a presente ação, pelo que condeno os requeridos (...) a absterem-se da cobrança da pessoa física de remuneração

ou tarifa pelo recebimento, até a data de seu vencimento, de dívida em dinheiro constantes de boletos/fichas de compensação ou documento bancário equivalente, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por cada cobrança tarifária realizada, a reverter-se em favor de fundo público a ser indicado pelo Ministério Público.

Desacolho o pedido de indenização em favor dos “consumidores lesados, em razão da cobrança da tarifa referida, com devolução dos valores indevidamente cobrados, em dobro e corrigidos monetariamente...” (fls. 17-18), por constituir tal pleito direito subjetivo não abrangido pelos interesses individuais homogêneos aqui tutelados (fl. 288).

O Acórdão recorrido, por sua vez, acolheu, em parte, o apelo do Ministério Público:

A Lei Consumeirista em seu art. 42, parágrafo único é clara: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Assim sendo, neste aspecto a sentença monocrática merece reforma, pois não obstante reconhecer a ilegalidade da tarifa citada, deixou de condenar os bancos em devolvê-las de quem injustamente a cobrou, ferindo o art. 42, parágrafo único do CDC.

(...)

Por todo o exposto, e de acordo em parte com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, dou parcial provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público, única e exclusivamente para, fundamentada no art. 42, parágrafo único, do CDC, condenar os bancos apelados a restituírem, em dobro, os valores definidos como tarifa do sacado, cobrados indevidamente aos usuários dos serviços de compensação prestados em suas agências e postos. (fls. 630-631)

Como bem referido pelo Juízo de primeira instância, o pedido de indenização, seja de forma simples, seja em dobro, não é cabível, tendo em vista que a presente ação civil pública busca a proteção dos interesses individuais homogêneos de caráter indivisível.

O requerimento de devolução dos valores indevidamente cobrados tem caráter subjetivo individual, devendo ser postulado por seus próprios titulares em ações próprias. Logo, não se vislumbra, em relação a este ponto, o interesse coletivo a ser tutelado.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

Processual Civil. Ação civil pública. Encargos de energia elétrica. "Seguro-apagão". Legitimidade ativa. Ministério Público. Direitos transindividuais.

5. Declarada a ilegalidade da exação dos encargos tarifários, esta será a mesma para todo o grupo de consumidor, independentemente da quantia de consumo de cada um deles (interesse coletivo, indivisível). Hipótese diversa seria a pretensão de restituição das parcelas pagas indevidamente, porquanto individualizada de acordo com o consumo de cada consumidor, de sorte que teríamos interesses individuais homogêneos, porquanto divisíveis.

6. Recurso especial provido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, afastando o fundamento ilegitimidade do Ministério Público Federal, proceda novo julgamento.

(REsp n. 799.669-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02.10.2007, DJ 18.02.2008, p. 25)

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Incidência do ICMS. Energia elétrica. Ilegalidade do art. 33 da Lei Estadual n. 6.374/1989. Ilegitimidade ativa do Município. Defesa de interesses individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis.

(...)

II - O Município não tem legitimidade para promover ação civil pública visando obstar a cobrança de tributos, por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, que devem ser postulados por seus próprios titulares. Precedentes análogos: REsp n. 71.965-SP, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.08.2004 e REsp n. 302.647-SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 04.08.2003.

III - Recurso especial provido.

(REsp n. 762.839-SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18.08.2005, DJ 07.11.2005, p. 146)

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Emissão de multas de trânsito por agentes empregados de empresa pública municipal. Ilegitimidade ativa *ad causam* da associação de consumidores. Defesa de interesses individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis. Impropriedade da via eleita. Deficiência de fundamentação. Súmula n. 284-STF. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Nulidade do acórdão afastada.

VI - A recorrida não tem legitimidade para promover ação civil pública visando obstar a cobrança de multas de trânsito, por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, pretendendo a defesa do direito dos condutores de veículos do Município de Niterói.

(...)

VIII - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesse ponto, provido em parte.

(REsp n. 727.092-RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 13.02.2007, DJ 14.06.2007, p. 256)

10. Por fim, quanto à aduzida violação aos arts. 13 da Lei n. 7.347/1985 e, 97, 98, 99 e 100 da Lei n. 8.078/1990, tendo em vista a impossibilidade de se determinar os valores que deverão ser destinados ao fundo indicado pelo Ministério Público, sem razão os recorrentes.

Primeiramente, cabe destacar que a indenização prevista nos arts. 97, 98, 99 e 100 da Lei n. 8.078/1990 não se confunde, como querem fazer entender os recorrentes, com a multa cominada pelo não cumprimento da obrigação de não fazer determinada pelo Tribunal de origem, consubstanciada na abstenção da cobrança da tarifa sob a emissão de boleto bancário.

Ocorre que, como referido no item anterior, tratando-se de um interesse coletivo divisível, como os chamados interesses individuais homogêneos, eventual pedido de condenação em indenizar deve ser requerido em ação própria, pois passível de liquidação e execução da sentença de modo individual, motivo pelo qual não se fala, na hipótese dos autos, em indenização autônoma e, tampouco, em destinação dessa indenização ao Fundo de Direitos Difusos.

A multa cominatória em caso de descumprimento da obrigação de não fazer, por outro lado, será destinada ao Fundo indicado pelo Ministério Público, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/1985, uma vez que não é possível determinar a quantidade de consumidores lesados pela cobrança indevida da tarifa sob a emissão de boleto bancário.

Prevê o referido dispositivo:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

O que importa observar, como explica José dos Santos Carvalho, “é que a multa diária também se eleva a um montante que irá constituir-se em débito do réu. Esse montante se eleva até o momento em que o réu resolve adimplir a

obrigação. Trata-se, por isso, de condenação em dinheiro, de modo que o valor total pago pelo devedor da obrigação também deve ser revertido para o fundo de reconstituição de bens lesados” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 364)

Confira-se, também, o seguinte julgado:

Ação coletiva. Associação de moradores. Requisitos temporal. Dispensa. Possibilidade. Direitos individuais homogêneos. Indenização. Danos morais e materiais. Interesse de agir. Existência.

1 - É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

2 - O § 3º do art. 103 do CDC é norma de direito material, no sentido de que a indenização decorrente da violação de direitos difusos, destinada ao fundo especial previsto no art. 13 c.c. o art. 16 da Lei n. 7.347/1985 não impede eventual postulação ao ressarcimento individual (homogêneo) devido às vítimas e seus sucessores atingidos. Esse dispositivo não retira da associação o interesse (necessidade/utilidade) de ajuizar a ação coletiva própria, em face de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, buscando a proteção do meio ambiente e a prestação de assistência médico-hospitalar.

3 - Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 706.449-PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 26.05.2008, DJe 09.06.2008)

11. Ante o exposto, conheço em parte dos recursos especiais e, nesta parte, dou provimento, restabelecendo a sentença de primeiro grau.

RECURSO ESPECIAL N. 815.099-MG (2006/0021014-2)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Cooperativa de Crédito Rural dos Produtores do Vale do Paraíso Ltda - Credi-VAP

Advogado: Neanderson Martins Ramos e outro(s)

Recorrido: Cooperativa Agrícola dos Pequenos Produtores do Vale do Paraíso Ltda - Coavap e outros

Advogado: José Inácio Francisco Muniz e outro

EMENTA

Direito Processual Civil e Cooperativo. Cooperativa em liquidação extrajudicial. Suspensão da execução. Possibilidade. Art. 76 da Lei n. 5.764/1971.

1. O objetivo da norma inserta no art. 76 da Lei n. 5.764/1971 diz, em última instância, com a necessidade de se preservar a integridade do sistema cooperativo, conferindo às sociedades cooperativas em situação de dificuldades uma moratória que, não obstante curta, possa contribuir para sua eventual recuperação econômica, a bem do interesse público.

2. Não há nenhum sentido prático e jurídico em excluir do rol das ações judiciais a que se refere o art. 76 da Lei n. 5.764/1971 aquelas de cunho executivo, imbuídas que são, mais do que quaisquer outras, de potencial invasivo, apto a embaraçar a recuperação que a norma almeja garantir.

3. Recurso especial não conhecido.

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, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 16 de março de 2010 (data de julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 29.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: *Cooperativa de Crédito Rural dos Produtores do Vale do Paraíso Ltda. – CREDI-VAP* interpõe recurso especial fundado no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta da República, impugnando acórdão prolatado em sede de agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, referendando a decisão de primeiro grau agravada, determinou a suspensão, pelo prazo de 1 ano, do processo executivo ajuizado pela então agravante, ora recorrente, em face da ora recorrida, nos termos previstos no art. 76 da Lei n. 5.764/1971.

Eis os termos da redação conferida à ementa do julgado, *in verbis*:

Agravo. Cooperativa em liquidação extrajudicial. Suspensão do feito executório. Possibilidade. Inteligência do artigo 76, da Lei n. 5.764/1971. Ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988. Inocorrência.

Não constitui ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988 a suspensão do feito executório com base no artigo 76 da Lei n. 5.764/1971, que trata da oportunidade concedida ao devedor, tal como na lei de falência, de restabelecer o seu estado financeiro (fl. 136).

Em suas razões de recurso especial, aduz a recorrente, além de dissídio jurisprudencial, contrariedade do aresto recorrido ao art. 76 da Lei n. 5.764/1971. Argumenta, em síntese, que, “como a ‘sustação’ é um benefício legal, uma exceção, não pode o referido artigo ser objeto de interpretação genérica” (fl. 150).

Não foram apresentadas contra-razões.

Com juízo de admissibilidade negativo na origem (fls. 176-177), subiram os autos ao Superior Tribunal de Justiça por força de decisão do Ministro Cesar Asfor Rocha que proveu o agravo de instrumento então deduzido pela ora recorrente.

Em linhas gerais, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O apelo não reúne condições de prosperar.

Dispõe o art. 76 da Lei n. 5.764/1971, *in verbis*:

Art. 76. A publicação no Diário Oficial, da ata da Assembléia Geral da sociedade, que deliberou sua liquidação, ou da decisão do órgão executivo federal quando a medida for de sua iniciativa, implicará a sustação de qualquer ação judicial contra a cooperativa, pelo prazo de 1 (um) ano, sem prejuízo, entretanto, da fluência dos juros legais ou pactuados e seus acessórios.

Parágrafo único. Decorrido o prazo previsto neste artigo, sem que, por motivo relevante, esteja encerrada a liquidação, poderá ser o mesmo prorrogado, no máximo por mais 1 (um) ano, mediante decisão do órgão citado no artigo, publicada, com os mesmos efeitos, no Diário Oficial.

Da leitura do texto acima, extrai-se que o objetivo do legislador diz, em última instância, com a necessidade de se preservar a integridade do sistema cooperativo, conferindo às sociedades cooperativas em situação de dificuldades uma moratória que, não obstante curta, possa contribuir para sua eventual recuperação econômica, a bem do interesse público.

Em tais circunstâncias, não haveria nenhum sentido prático ou jurídico em excluir do rol das ações judiciais a que se refere o questionado preceito legal aquelas de cunho executivo, imbuídas que são, mais do que quaisquer outras, de potencial invasivo apto a embaraçar a recuperação que a norma almeja garantir.

Pontue-se, ademais, que os arestos colacionados pela recorrente a título de dissídio interpretativo não tem nenhuma correlação jurídica com a questão tratada no recurso especial, visto que afetos a uma possível inconstitucionalidade do art. 76 da Lei n. 5.764/1971.

Ante o exposto, *não conheço do recurso especial.*

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 826.818-RJ (2006/0041082-8)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Fnac Livraria e Editora Ltda

Advogados: Sérgio Sender e outro(s)

Romildo Florindo de Lima e outro(s)

Evandro Luís Castello Branco Pertence e outro(s)

Alex da Costa Campos Fernandes e outro(s)

Recorrido: Fnac S/A e outro

Advogado: Luiz Edgard Montauray Pimenta e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de abstenção do uso de nome comercial. Prescrição. Matéria controvertida. Cancelamento da Súmula n. 142-STJ. Prazo decenal. Termo inicial. Arquivamento. Contrato. Junta comercial.

1. A prescrição incidente sobre as ações de abstenção do uso de nome empresarial é das mais controvertidas. Duas correntes preponderam, uma defendendo a incidência da prescrição quinquenal do art. 178, § 10, IX, do Código Civil de 1916 e outra, da prescrição decenal relativa aos direitos reais - art. 177 do Código Civil de 1916.

2. A incidência do prazo decenal parece a que melhor soluciona a questão ante a omissão legislativa quanto ao tema.

3. O termo inicial do prazo prescricional é a data em que arquivado o contrato social na junta comercial. Precedente.

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) votaram com o Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2009 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Pela Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi provido recurso de apelação interposto por *FNAC S.A e FNAC Brasil Ltda*, julgando procedente ação cominatória “de modificação e abstenção de uso de nome comercial” movida contra *Fnac Livraria e Editora Ltda*.

Colhe-se do ven. acórdão que as empresas *FNAC S.A e FNAC Brasil Ltda* utilizam no giro de seus negócios o nome comercial “FNAC”, que designa a primeira delas em todo o mundo, há décadas. Em consequência, sustentam a necessidade de proteção judicial, abstenendo-se a *Fnac Livraria Editora Ltda* de utilização daquele nome “ou outro que com a marca “FNAC” se confunda”.

O acórdão de apelação estampa a seguinte ementa:

Apelação cível. Direito marcário. FNAC - denominação da antiga *Fédération National d’Achat des Cadres*. Ação para abstenção do uso do nome comercial. Prazo prescricional vintenário. Precedentes do STJ. Se o nome também é caracterizador da marca, incidem as disposições da CUP (Convenção da União de Paris), que não fixam prazo para cancelamento ou proteção do uso de marcas registradas ou utilizadas de má-fé. O uso indevido da marca alheia se presume prejudicial ao detentor da titularidade e também implica deslealdade na concorrência, não sendo jurídico que se extraiam de ato francamente ilícito, efeitos jurídicos, nos termos do art. 195, V, da Lei n. 9.279/1996. Provimento do recurso. (fls. 1.895)

Foram acolhidos embargos de declaração (fls. 1.915-1.916) opostos pela *FNAC S.A E FNAC Brasil Ltda*, com correção de erro material relativo à data: 1988 no lugar de 1998 (fls. 1.917).

Inconformada, *FNAC Livraria e Editora Ltda* interpõe o presente especial, com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, aduzindo violação aos arts. 166 e 177 do Código Civil de 1916 e aos arts. 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Suscita ainda dissenso pretoriano com o REsp n. 418.580-SP - onde afastada a prescrição vintenária, acolhida pelo acórdão para ação objetivando a abstenção do uso do nome ou de marca comercial, diante do cancelamento da Súmula n. 142, pela Segunda Seção, no julgamento da Ação Rescisória n. 512 - Rel. Min. Waldemar Zveiter.

Esclarece que, desde a contestação, vem sustentando a prescrição decenal e o ven. acórdão, louvando-se em julgado da 3ª Turma (REsp n. 40.021-SP - de 26.08.2002), já ultrapassado pelo novel entendimento, fixa aquele prazo como vintenário, *ut* o REsp n. 418.580-SP, de 11 de fevereiro de 2003.

Nas contra-razões as recorridas - *FNAC S.A e FNAC Brasil Ltda* - dizem ser intempestivo o especial, porquanto, a rigor, a petição por elas oferecida às fls. 1.915/1.916 não ostenta a condição de recurso (art. 535, I e II, do Código de Processo Civil), mas apenas simples medida de correção de erro material, sem interromper a contagem do prazo para interposição do apelo nobre (fls. 1.965/1.981).

Assinalam ainda não ter havido o necessário confronto analítico para a configuração do dissídio jurisprudencial, sendo, por outro lado, diferentes, quanto aos votos, os acórdãos confrontados: o paradigma diz respeito à abstenção de nome comercial, mais indenização; o recorrido só se ocupa da primeira hipótese. Ademais, o paradigma cuida de empresas atuantes em diferentes ramos de atividade.

Dizem - ainda - que os dispositivos legais invocados não foram prequestionados (Súmula n. 282 e 356 do STF), sendo aplicável o art. 8º da Convenção da União de Paris - CUP - e que, no tempo devido (20 anos), foi exercido o direito. Seus atos constitutivos foram arquivados em 28 de julho de 1981 e a ação ajuizada em 26 de julho de 2001.

Admitido na origem - fls. 1.984-1.985.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O debate se circunscreve, como, aliás, bem anota o acórdão recorrido, louvando-se nas contra-razões de apelação (fls. 1.898), apenas ao tema prescricional, prevalecendo a tese, consubstanciada no AgRg no REsp n. 204.052-SP - Relatora Min. Nancy Andrighi, de que “a ação que objetiva tutela em relação a nome comercial ou marca a título de preceito cominatório, sem objetivo de reparar dano, prescreve em vinte anos”. Como bem realça a ilustre Des. Marilene Melo Alves, relatora, o “tema é polêmico, não faltando decisões que militam no sentido do *r. decisum* de primeiro grau” (prescrição decenal).

Cabe, entretanto, preliminarmente asseverar não ser o especial intempestivo. Em primeiro lugar, o recurso integrativo foi interposto pelas recorridas, com apoio na letra do art. 535 do Código de Processo Civil, estando grafado na petição de oferecimento a expressão “embargos de declaração”; em um segundo plano é perfeitamente admissível o uso de recurso para correção de erro material, sem exclusão naturalmente da possibilidade jurídica de conhecimento de ofício.

Nesse contexto, o prazo para interposição do apelo extremo começa a fluir em 20.09.2005 (fls. 1.917, verso), data da publicação do resultado do julgamento dos embargos de declaração, se encerrando em 05.10.2005, momento em que tempestivamente foi protocolado o recurso (fls. 1.919).

Ultrapassada a preliminar, passo ao exame do mérito recursal, circunscrito ao tema da prescrição incidente sobre as ações de abstenção de uso de nome empresarial, questão das mais controvertidas, como já acentuado.

Na realidade, sob a égide da Lei n. 1.236 de 1904, a matéria gozava de certa unanimidade, sendo empregado o prazo de seis meses ali estabelecido para regular a prescrição das ações relativas ao nome comercial (art. 10).

Com a edição do Código de Propriedade Industrial (Decreto-Lei n. 7.903/1945), é regulamentada a prescrição para as ações de nulidade de registro, nada dispondo a norma, porém, acerca da prescrição das ações de uso do nome. A par disso, a jurisprudência adota o prazo quinquenal ali estabelecido para as ações relativas ao nome, sem qualquer distinção.

Três Códigos de Propriedade Industrial se seguiram - Decretos-Leis n. 254 e 1.005 e a Lei n. 5.772/1971, se esclarecendo, no último, sua inaplicabilidade às matérias atinentes ao nome comercial, remetendo o intérprete à legislação específica, no mais omissa no que se refere à prescrição.

O atual Código de Propriedade Industrial - Lei n. 9.279/1996 - não supre a lacuna legislativa, ao menos no que se refere à abstenção de uso (no art. 225 estabelece que “Prescreve em cinco anos a ação para a reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial”).

Na ausência de norma especializada, a doutrina e a jurisprudência se debateram entre a aplicação analógica das normas relativas à marca, ou à incidência dos prazos gerais previstos no Código Civil, prevalecendo essa última tese.

Outro problema, então, se apresentou aos que se propuseram a enfrentar a matéria - distinguir a natureza jurídica do direito ao uso do nome comercial de

modo a identificar o prazo prescricional incidente nas ações a ele relativas.

Com efeito, para os que entendem se tratar de espécie de direito da personalidade, como Pontes de Miranda, que considera o nome empresarial insuscetível de cessão ou transferência, constituindo direito próprio da empresa, não há se falar em prescrição.

Por outro lado, aqueles que identificam conteúdo patrimonial no nome empresarial se debatem em inseri-lo entre os direitos reais ou pessoais, ora aplicando o prazo vintenário previsto no art. 177 do Código Civil de 1916 para as ações pessoais, ora o prazo decenal das ações reais entre presentes do mesmo artigo e, ainda, o prazo do art. 178, § 10, inciso IX, do referido Diploma Legal, relativo às ações por ofensa ou danos causados ao direito de propriedade.

Essa oscilação pode ser identificada na jurisprudência desta Corte, que chegou a editar as Súmulas n. 142 - “Prescreve em vinte anos a ação para exigir a abstenção do uso de marca comercial” e 143 - “Prescreve em cinco anos a ação de perdas e danos pelo uso de marca comercial”, cancelada a primeira no julgamento da AR n. 512-DF, relator o Min. Waldemar Zveiter, sem se estabelecer, contudo, novo enunciado para a súmula.

Cumprе ressaltar que, conquanto sobreditas súmulas se referissem a marca, foram aplicadas também para regular o nome comercial.

Não soluciona a questão, também, o novo Código Civil, porquanto estabelece ser imprescritível a ação para anular a inscrição do nome empresarial, não tratando, porém, da ação de abstenção do uso do nome.

Após o cancelamento da Súmula n. 142, foi julgado o REsp n. 418.580-SP, no qual o relator, o saudoso Min. Carlos Alberto Menezes Direito, consigna, *verbis*:

O dissídio apresentado é com precedente desta Corte na Ação Rescisória n. 512-DF, de que Relator o Senhor Ministro *Waldemar Zveiter*, ocasião em que a Corte decidiu cancelar a Súmula n. 142 que estabelecia o prazo vintenário. Neste julgamento, no que concerne ao cancelamento da Súmula n. 142, valeram as ponderações feitas no voto do eminente revisor, o Senhor Ministro *Barros Monteiro*, o qual se manifestou no sentido de que o prazo prescricional é o das ações reais, de dez anos, portanto, se instaurada a controvérsia entre presentes. Embora não tenha a Corte, naquela oportunidade, oferecido um novo enunciado para a Súmula n. 142, limitando-se a cancelá-la, o certo é que repeliu o prazo vintenário e sinalizou com a incidência do artigo 177, segunda parte, do Código Civil. Todos os precedentes afastaram a aplicação do prazo prescricional previsto

no art. 178, § 10, IX, do Código Civil, ou seja, o de cinco anos, acolhido pelo Tribunal local.

De fato, em diversos precedentes, a Corte não admitiu o prazo quinquenal: REsp n. 10.564-SP, Relator designado o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 09.03.1992; REsp n. 19.355-MG, Relator designado o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 1º.02.1993.

Ora, o que se verifica é que a Corte rechaçou o prazo de vinte anos e o prazo de cinco anos, com o que, sem dúvida, possível a conclusão de que o prazo de prescrição para os casos em que se discute a abstenção do uso está subordinado à segunda parte do artigo 177 do Código Civil, ou seja, dez anos entre presentes e quinze entre ausentes, “contados da data em que poderiam ter sido propostas”.

Os precedentes mais bem cuidam, é certo, da abstenção do uso da marca, enquanto neste feito o que se trata de preservar é o uso do nome comercial. Mas, o nome comercial, que tem a proteção da Convenção de Paris, independentemente de registro, bastando a anterioridade do uso, não está mesmo subordinado ao prazo do art. 178, § 10, IX, do Código Civil.

Nesse quadro de oscilações, duas correntes de pensamento se destacam. A primeira, capitaneada pelo Min. Eduardo Ribeiro, adotando o prazo do art. 177 do Código Civil de 1916 para os direitos reais, é por ele assim resumida, *verbis*:

Afigura-se-nos, pois, em vista do exposto, que o direito ao nome, encarado em seu aspecto objetivo, integra a categoria dos direitos reais, o que já encaminha a solução da questão. O prazo de prescrição para as ações de abstenção de uso será o previsto para os direitos reais no artigo 177 do Código Civil; dez dentre presentes e 15 entre ausentes.

Parece-nos que mais um ponto está a reclamar exame. Manifestamos nosso entendimento no sentido de que a hipótese é de um direito real. Seria um direito de propriedade? Pensamos que sim, não vendo maiores razões para apontar-lhe natureza jurídica diversa das marcas. Certo, é também um direito personalíssimo, mas no aspecto subjetivo. Insistimos na distinção, já indicada, feita por Gama Cerqueira. As objeções trazidas por Carvalho de Mendonça prendem-se à inalienabilidade desse direito. A inalienabilidade de bens pode, entretanto, ser instituída até por ato de vontade e não é por isso que se deixa de ser proprietário.

Ocorre que, segundo a doutrina que nos parece melhor, não resultaria disso modificação quanto ao prazo de prescrição, tratando-se da ação de abstenção de uso. Tudo se vincula à interpretação do disposto no artigo 178, § 10, IX, do Código Civil, que prevê a prescrição quinquenal para as ações por ofensa ou danos causados ao direito de propriedade.

O Superior Tribunal de Justiça, na linha da autorizada opinião de Carpenter, tem entendido que essa norma só alcança as ações em que se busque o

ressarcimento do dano causado, não abarcando aquelas onde a pretensão seja a de fazer cessar a violação. O entendimento contrário conduziria, em verdade, a situações verdadeiramente absurdas, como colocou em relevo Câmara Leal. Tome-se o exemplo do ataque à propriedade, relativa a um imóvel, de que decorresse esbulho. Transcorridos cinco anos, não poderá mais o proprietário pedir ressarcimento dos danos. Não se negará, entretanto, a possibilidade de reivindicar o bem. Fosse de modo diverso, não se lhe ensinaria mais obter a posse do imóvel, embora conservasse o domínio.

Entendemos, por conseguinte, dever-se concluir que o prazo de prescrição para as ações de abstenção de uso de nome comercial será de dez ou 15 anos, consoante se trate de presentes ou ausentes. A de reparação será de cinco anos, caso se admita que se está diante de direito de propriedade. (Revista da ABPI - Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, n. 53 - Jul/Ago 2001, p. 38 e 39).

Por outro lado, José Carlos Tinoco Soares defende ser aplicável à espécie a prescrição quinquenal, por dois motivos básicos.

Em primeiro lugar, toma o direito ao uso do nome comercial como direito de propriedade e entende que mesmo nas hipóteses de cessação de uso e não só de reparação de danos incide a norma contida no art. 178, § 10, inciso IX, do Código Civil de 1916. Isso porque, “Considerando que o Código Civil em seu artigo 178, § 10, inciso IX, expressamente dispõe que: Prescreve em cinco anos a ação por ofensa ou dano causados ao direito de propriedade” e que, por dedução lógica e etimológica, o termo ofensa é igual ao ultraje, à lesão, ao mal causado a alguma coisa ou pessoa, o que vale dizer que para fazer cessar a ofensa é preciso que também cesse o ultraje e a lesão ao direito de propriedade industrial, e que, em palavras corriqueiras, é igual à cessação da prática do ato incriminado;” (Revista da ABPI - Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, n. 53 - Jul/Ago 2001, p. 37).

Sustenta, ainda, que o nome empresarial está amparado pelo Direito da Propriedade Industrial. Assim, a norma prevista no art. 225 da Lei n. 9.279/1996, que dispõe prescrever “em cinco anos a ação para a reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial” se aplicaria às ações de cessação de uso do nome empresarial.

Com a vênua devida, me filio à primeira corrente.

Com efeito, não há dissenso entre as correntes assinaladas no que respeita a tratar-se o nome empresarial de direito de propriedade. A despeito disso, creio não poder se aplicar às ações de cessação de uso a norma contida no art. 178, § 10, inciso IX, do Código Civil de 1916, pois referido dispositivo quando fala

em “ação por ofensa ou dano causado ao direito de propriedade” cuida de ações reparatórias relativas a hipóteses já configuradas (passado), e não de cessação de situações lesivas (futuro), assim como faz o atual Código de Propriedade Industrial.

Cumprasse assinalar, além disso, que a prescrição implica na perda do direito de ação e, nesse contexto, as normas que cuidam da matéria são restritivas de direitos, a elas não sendo pertinente a aplicação de interpretação extensiva, sob pena de criar vedação não determinada pelo legislador.

Nesse passo, não havendo prazo prescricional específico a regular a matéria, é de ser aplicado o prazo das ações reais previsto no art. 177 do Código Civil de 1916, conquanto se reconheça que sob alguns enfoques o nome empresarial não se amolde com exatidão à categoria dos direitos reais, como, por exemplo, na sua estrutura de bem incorpóreo. Porém, é a hipótese que, a princípio, melhor supre a lacuna legislativa sobre o tema.

Cumprasse registrar, de outra parte, que o termo inicial do prazo prescricional é a data em que arquivado o contrato social na junta comercial, consoante decidido por esta Corte no julgamento do REsp n. 43.305-SP, do qual reproduzo a ementa:

Nome comercial. Abstenção de uso. Prescrição. Termo inicial. Pretensão manifestada em sede reconvenção, para exigir a abstenção do uso de nome comercial, quando já prescrita a ação. Prazo contado do arquivamento do contrato social da reconvenida na junta comercial. Em nosso direito, quando a lei pretende que o termo *a quo* seja a ciência do fato, di-lo expressamente. recurso conhecido e provido. (REsp n. 43.305-SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ 14.08.1995)

Dessa forma, tomada a data do arquivamento dos atos de registro da recorrente, 28 de julho de 1981, como termo inicial, não há como afastar a prescrição, tendo em conta ter sido a ação proposta em 2001.

Assinalo, ainda, que a questão é de incidência de prescrição extintiva para o manejo de ação protetiva e não de prescrição aquisitiva, como aventado pelo Tribunal de origem, na qual se reconheceria o direito ao uso do nome pelo decurso do tempo sem oposição do titular. Com efeito, o direito ao uso do nome comercial se adquire com arquivamento dos atos constitutivos na junta comercial, restando afastada, portanto, qualquer referência à posse ou uso, seja de boa-fé, seja de má-fé.

Afasto, por fim, a aplicabilidade da norma contida no art. 6º-Bis da Convenção de Paris ao caso em comento, porquanto reservado para marcas notórias em seu ramo de atividade. No caso dos autos a notoriedade da marca das recorridas deve ser avaliada tomando o ano de 1981, quando efetivado o depósito dos atos constitutivos da ora recorrente, data em que a marca FNAC somente era conhecida por pessoas com acesso à “vida cultural européia” (fls. 1.106).

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para reconhecer a prescrição do direito das autoras, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que se pronuncie acerca da reconvenção.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: De acordo.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Sr. Presidente, acuso o recebimento dos memoriais e assinalo o esforço que fez o advogado da tribuna. Havia estudado, também, um pouco esse tormentoso tema, antes. V. Exa. destrinchou todas as correntes e eu cheguei a mesma conclusão.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, louvando a qualidade do voto, que examinou por todos os ângulos a matéria da prescrição.

RECURSO ESPECIAL N. 869.970-RJ (2006/0160263-5)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Banco ABN Amro Real S/A
Advogado: Renato Ayres Martins de Oliveira e outro(s)
Recorrido: Edenizio Muniz da Silva - Espólio
Representado por: Maria da Glória Reis da Silva - Inventariante
Advogado: Alexandre Goldberg e outro

EMENTA

Processual Civil. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Dano moral decorrente de cobrança de fatura de cartão de crédito. Utilização indevida do cartão por terceiro. Negativação do nome do correntista dois após sua morte. Ilegitimidade do espólio. Direito pessoal dos herdeiros.

1. Controvérsia acerca da legitimidade ativa do espólio para pleitear reparação por dano moral resultante do sofrimento causado à família do *de cuius* em razão da cobrança e da negativação do nome do falecido decorrentes da utilização indevida de cartão de crédito por terceiro dois anos após o óbito.

2. O espólio carece de legitimidade ativa para ajuizar ação em que se evidencia que o dano moral pleiteado pela família tem como titulares do direito os herdeiros, não por herança, mas por direito próprio deles.

3. 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, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2010 (data de julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 11.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Banco ABN AMRO Real S/A* com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, contra acórdão assim ementado:

Apelação. Indenização. Dano moral. Legitimidade ativa do espólio para propor ação de indenização por danos morais em que se busca da administradora de cartões de crédito o ressarcimento dos danos causados pela indevida negativação do nome do então falecido titular do cartão, negativação essa feita junto ao Serasa, por compras efetuadas por terceiro, após o óbito daquele.

Precedentes do STJ, no sentido da referida legitimidade ativa até porque se trata de reparação por dano cuja natureza não é personalíssima.

Possibilidade de ser julgado o mérito porquanto pronta a causa, desistindo as partes de quaisquer outras provas a serem produzidas.

Responsabilidade do Banco Réu perfeitamente configurada e mesmo admitida pela má diligência na prestação do serviço, este, inserido nas relações de consumo.

A alegação de que tudo levaria a crer que um dos filhos do de cujos teria usado o cartão, não pode ser aceita, máxime se desprovida de qualquer prova nesse sentido.

Culpa de terceiro afastada como de resto, afastada qualquer excludente indenizatória.

Dano moral arbitrado em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), por bem atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Recurso parcialmente provido (fls. 197-198).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Sustenta a parte recorrente violação dos seguintes preceitos:

a) art. 535, II, do Código de Processo Civil, defendendo que houve omissão por parte do Tribunal de origem no julgamento dos seguintes temas:

i) possibilidade de a viúva e os herdeiros utilizarem-se da figura do espólio para pleitearem, em nome deste, reparação por dano moral causado ao de *cujus*;

ii) existência de ato ilícito na atitude do banco de comunicar inadimplência do de *cujus*, se não detinha informação de seu falecimento, visto que o cartão de crédito foi recebido por seu filho e não devolvido ao banco, como lhe competia fazer;

iii) responsabilidade do banco pelas despesas realizadas com o referido cartão no período em que permaneceu ativo e que antecedeu à comunicação do óbito do titular; e

iv) possibilidade de o espólio sofrer constrangimento, dor ou vexame em razão do ocorrido, sendo importante frisar que foi em nome deste que se pleiteou a indenização, e não em nome dos herdeiros ou da viúva.

b) arts. 3º e 6º do Código de Processo Civil. “Conclui-se da narrativa da autora que as sedizentes vítimas se apresentam como viúva e familiares do Sr. Edenízio, o que retira toda e qualquer possibilidade de que o pedido de indenização seja formulado pelo espólio, que nenhum interesse tem a ser protegido”. Defende a ilegitimidade passiva do espólio;

c) art. 160, I, do Código Civil de 1916, ao argumento de que o lançamento das despesas na fatura do cartão de crédito consistiu em exercício regular de direito do ora recorrente à falta de qualquer informação de extravio do cartão enviado ao correntista, visto que a conta-corrente continuou a ser movimentada mesmo após o falecimento do Sr. Edenízio;

d) art. 14, § 3º, II, do Código de Processo Civil, porque não agiu corretamente o filho do Sr. Edenízio, pois recebeu o cartão com o qual foram feitas as despesas questionadas, mas não o inutilizou e tampouco comunicou o óbito do seu genitor à administradora, de modo que ela ainda não tinha ciência do falecimento e não pôde impedir a sua utilização; e

e) art. 159 do Código Civil, uma vez que não é possível ao espólio sofrer a dor, o abalo ou o constrangimento narrados pelos ora recorridos, o que é suficiente para demonstrar a improcedência da pretensão autoral.

As contra-razões foram apresentadas (fls. 247-271).

Admitido o recurso por força de decisão do Ministro Cesar Asfor Rocha, ascenderam os autos ao STJ.

O Ministério Público Federal opina pelo não-conhecimento do recurso especial em parecer assim sumariado:

Recurso especial. Ação de indenização por dano moral causado ao *de cujus*. Legitimidade ativa do espólio. Jurisprudência dessa Corte. Pelo conhecimento parcial do recurso e nessa parte, pelo não provimento (fl. 266).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O espólio de Edenízio Muniz da Silva, representado por sua inventariante, Maria da Glória Reis da Silva, propôs “ação ordinária indenizatória” em desfavor do recorrente, ao argumento de que, muito embora tenha informado a instituição bancária da

qual seu marido era correntista de que ele falecera, o banco enviou, dois anos após a morte, inúmeras faturas de cartão de crédito para a residência da família e, por fim, inseriu o nome do falecido no cadastro de inadimplentes. Em razão do constrangimento sofrido, foi requerida indenização por dano moral.

O recorrente, por outro lado, contestou, afirmando que não houve ato ilícito, pois não foi informado da morte do Sr. Dionízio, tanto que a conta do falecido continuou a ser movimentada normalmente. Afirma que o cartão de crédito, cujas faturas ficaram pendentes de pagamento, foi enviado para a residência do falecido quase dois anos após a morte, sendo que o cartão foi recebido e desbloqueado por alguém da família (doc. fl. 47). Aduz que, se houve prejuízo de qualquer ordem, este se deu exclusivamente em razão da omissão dos parentes, que não comunicaram ao banco a morte do correntista e que não inutilizaram o cartão no ato de seu recebimento. Afirma ter agido no exercício regular de direito, não havendo dano a ser indenizado.

Concluiu o juízo singular pela improcedência do pedido, visto que “o dano moral narrado na inicial diz respeito ao sofrimento da viúva e de seus familiares, já que o morto não mais possui direito da personalidade a defender, sendo certo que os mesmos deveriam, em nome próprio, pleitear a reparação que entendessem devida, mas não o espólio, o qual, salvo melhor juízo, não possui direito à pretensão deduzida em juízo, impondo-se a improcedência do pedido”. Decidiu pela ilegitimidade ativa do espólio. Extinguiu o processo nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reformando a sentença, determinou o pagamento de R\$ 6.000,00 a título indenizatório.

Contra o referido acórdão se insurge o recorrente.

A presente irresignação merece prosperar.

Algumas situações devem ser consideradas quando da análise da legitimidade ativa do espólio para pleitear indenização por danos morais em nome do *de cujus*.

A mais freqüente diz respeito à hipótese em que a vítima do dano moral vem a falecer no curso da ação indenizatória. Nesse caso, considerando a natureza patrimonial do direito de ação por danos morais, esse direito se transmitirá aos herdeiros. Detém, portanto, o espólio legitimidade para suceder o autor na ação de indenização, operando-se a substituição processual.

Outra situação se refere à possibilidade de a vítima do dano moral falecer antes do ingresso da competente ação, hipótese em que, muito embora se reconheça o caráter pessoal da referida ação, esta Corte considera que “o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima” (RSTJ, 71:183). Da mesma forma, em tal caso, detém o espólio legitimidade para intentar ação de reparação por danos morais.

Também freqüente é aquela hipótese que contempla a possibilidade de o espólio ajuizar ação de reparação por dano sofrido pelos herdeiros do *de cuius* em razão do sofrimento que experimentaram com sua morte ou em decorrência de eventual constrangimento sofrido pelo falecido e que, de algum modo, atingiu os herdeiros. Nesse caso, não detém o espólio legitimidade ativa para a ação de indenização, porquanto o direito no qual se funda a ação é próprio dos herdeiros, e não do *de cuius*.

A circunstância dos autos bem se assemelha à última hipótese, pois os herdeiros é que se sentiram ofendidos com os fatos narrados na inicial, sendo, portanto, os titulares do direito de ação. Constatou-se, por tudo quanto descrito nos autos, que, na presente hipótese, a causa de pedir da ação de indenização, ajuizada pelo espólio, tem como suporte fático eventuais danos sofridos pela viúva e pelos filhos em razão da negatização do nome do *de cuius* pelo não-pagamento de fatura de cartão de crédito. Claro está que não houve nenhum sofrimento ou abalo moral sofrido pelo falecido, pois sua morte se deu em 29.08.1997, e os fatos ocorreram em 28.04.2000. Não se pode olvidar que sofrimento, dor, vergonha e constrangimento somente podem ser sentidos por pessoas vivas, não se podendo falar “na dor do morto”. Por conseguinte, concluiu-se pela ilegitimidade do espólio em figurar no pólo ativo da ação.

Cito, por oportuno, trecho da obra “Responsabilidade Civil” do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, que, citando Maria Helena Diniz (fl. 568), trata da transmissibilidade do dano moral nos seguintes termos:

“Como a ação ressarcitória do dano moral funda-se na lesão a bens jurídicos pessoais do lesado, portanto inerentes à sua personalidade, em regra, só deveria ser intentada pela própria vítima, impossibilitando a transmissibilidade sucessória e o exercício dessa ação por via sub-rogatória. Todavia, há forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de se admitir que pessoas indiretamente atingidas pelo dano possam reclamar a sua reparação.” Adiante, aduz: “É preciso não olvidar que a ação de reparação comporta transmissibilidade aos sucessores do ofendido, desde que o prejuízo tenha sido causado em vida da vítima. Realmente, pelo Código Civil, art. 1.526 [do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 943 do novo], o direito de exigir a reparação transmite-se com a herança.”

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para extinguir o processo nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, ficando prejudicadas as demais questões propostas no recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 902.158-RJ (2006/0247280-5)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogados: Leonardo Yukio Dutra dos Santos Kataoka e outro(s)

Leonardo da Silva Patzlaff e outro(s)

Antônio José Camilo do Nascimento e outro(s)

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Adão Antônio Pereira

Advogado: Simone Martins Silva Nogueira e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Loteria federal. Bilhete que faz referência a sorteio que não contemplou os números indicados pelo autor. Prova de que a aposta foi realizada no prazo para o sorteio anterior. Irrelevância. Bilhete não nominativo que ostenta caráter de título ao portador.

1. Pode e deve o Tribunal *a quo*, em sede de embargos de declaração, sanar eventual contradição ou omissão existente na apreciação de determinada prova produzida em primeiro grau, sob pena de, nesse caso, violar o art. 535 do CPC.

2. Em se tratando de aposta em loteria, com bilhete não nominativo, mostra-se irrelevante a perquirição acerca do propósito do autor, tampouco se a aposta foi realizada neste ou naquele dia, tendo em vista que o que deve nortear o pagamento de prêmios de loterias federais, em casos tais, é a literalidade do bilhete, eis que ostenta estas características de título ao portador.

3. É que o bilhete premiado veicula um direito autônomo, cuja obrigação se incorpora no próprio documento, podendo ser transferido por simples tradição, característica que torna irrelevante a discussão acerca das circunstâncias em que se aperfeiçoou a aposta.

4. Recurso especial do Ministério Público Federal conhecido e provido. Prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica Federal.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, conhecendo e dando provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal, e julgando prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica Federal, acompanhando o voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, Relator, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial do Ministério Público Federal e deu-lhe provimento, e por unanimidade, julgou prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica Federal. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) que conhecia e dava parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e João Otávio de Noronha (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 06 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 26.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Adão Antônio Pereira ajuizou ação em face da Caixa Econômica Federal (CEF), objetivando a condenação da ré ao pagamento de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais), alegando ter sido o único acertador do sorteio n. 0083 da “Supersena”. Aduziu que, conquanto o bilhete fizesse referência ao sorteio n. 0084, tal ocorreu por erro de processamento, tendo em vista que realizou a aposta em 1º.11.1996, último dia permitido para concorrer ao Concurso n. 0083.

O Juízo da 3ª Vara Federal de Volta Redonda julgou improcedente o pedido inicial fls. 249-256).

Em grau de apelação, a sentença foi inicialmente mantida, nos termos da seguinte ementa:

Processual Civil e Civil. Pagamento de prêmio da supersena. Bilhete de aposta constando a numeração de concurso posterior ao que o apelante alegou ter apostado. "Virada" de concurso feita manualmente. Ausência de provas. Recurso improvido.

I – O ora apelante efetuou o jogo para o concurso posterior ao que sustenta ter apostado, eis que no seu bilhete - única prova material do fato - consta o número do Concurso n. 0084, não podendo, portanto, trazer como consequência jurídica o pagamento do prêmio do concurso do qual comprovadamente não participou.

II – À época dos fatos, a "virada" de um concurso para outro era feita manualmente e não *on line* como ocorre hoje, ou seja, uma lotérica no interior do Estado teria que encerrar suas apostas antes, a fim de entregar os dados no mesmo horário que uma outra, mais próxima à Central, e que, por isso, poderia encerrar suas apostas depois.

III – Apesar do autor ter alegado que o dito jogo foi realizado conjuntamente com os acostados às fls. 40-44, nos quais está registrado o dia 1º.11.1996 e a hora 10:31, na primeira linha, inexistente nos autos qualquer prova que permita precisar, em relação ao pretense jogo premiado, tais dados.

IV – O código "BIL 0084.060.908", segundo os depoimentos que instruíram a ação cautelar de produção antecipada de prova, é um número seqüencial dos volantes de apostas sucessivas, não servido como prova do alegado no presente caso, eis que nenhum daqueles bilhetes acostados se referem ao jogo da *Supersena*.

V – Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13.11.1996, antes, portanto, do sorteio do Concurso n. 0084 (ocorrido em 14.11.1996), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias.

VI – Precedentes.

VII – Recurso improvido. (fl. 312)

Opostos embargos de declaração, foram eles acolhidos para julgar procedente o pedido inaugural, *verbis*:

Embargos declaratórios. Efeitos infringentes. Supersena. Concurso de n. 083. Efetivação da aposta. Dúvida quanto ao concurso ao qual o embargante concorria.

Apensa cautelar de produção antecipada de provas. Circular n. 65/1995. Direito ao prêmio.

Estando afirmado na peça de fls. 61 da medida cautelar de produção antecipada de provas, em apenso, que o *autor fez sua aposta em 1º.11.1996, Concurso n. 083 da Supersena* – a respeito do que se omitiu o v. acórdão recorrido – tal registro contradiz a assertiva, posta no d. voto condutor do v. acórdão recorrido, de inexistir nos autos “qualquer prova que permita precisar, em relação ao pretense jogo premiado, tais dados”, concernentes, precisamente, *ao dia* e à hora em que feita a aposta, impondo-se, assim, declarar evidenciada a circunstância fática de que ora embargante fez sua aposta no dia 1º.11.1996.

E mais, omitiu-se o acórdão embargado quanto ao registro constante às fls. 23 dos presentes e fls. 05 da cautelar em apenso, de que a CEF, em 13.11.1996 – antes, portanto, do sorteio do Concurso n. 084, ocorrido em 14.11.1996 - recebeu o bilhete premiado das mãos do autor e que este a autorizou a creditar o prêmio a que fazia jus, em sua conta corrente.

Destarte, reconhecendo o d. voto condutor, às fls. 310, que o sorteio do Concurso n. 0084 ocorreu em 14.11.1996 e que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias, não há como admitir a possibilidade de um recibo de custódia de bilhete premiado, no dia 13 de novembro de 1996, que se refira a sorteio de jogo realizado no dia seguinte. Por outro lado, a hipótese de inexatidão material do número do jogo, a que se refere a aposta, está prevista no item 1.9.1 do Anexo II, da Circular n. 60/1995 (fls. 15) do seguinte modo: “1.9 – Apostas às expensas do revendedor: 1.9.1 – A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: - concorre normalmente no concurso em que foi efetuada; - concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete”.

Embargos declaratórios providos. (fl. 377)

Sobrevieram, assim, recursos especiais interpostos pela CEF e pelo Ministério Público Federal (MPF).

Do recurso especial interposto pela CEF:

Cuida-se de recurso especial interposto com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 535 do CPC, uma vez que “foi dado provimento a embargos de declaração para reexame meritório da demanda, sendo certo que inexistia qualquer omissão ou contradição intrínseca no julgado” (fl. 391). Alega a CEF que a contradição apontada no julgamento dos embargos de declaração residiria na análise das provas dos autos e não na própria decisão embargada.

Sinaliza, por derradeiro, dissídio jurisprudencial em torno da aplicação do art. 535 do CPC.

Do recurso especial interposto pelo MPF:

O Ministério Público Federal, com base no art. 499, § 2º, do CPC, também interpõe recurso especial, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Sustenta, também, maltrato ao art. 535 do CPC, uma vez que, em nenhuma hipótese, é autorizado o reexame de provas na via dos embargos declaratórios; e art. 20, § 4º, no que tange ao valor dos honorários advocatícios.

Alega o MPF, ademais, ofensa aos arts. 332 e 333 do CPC, porquanto somente seria cabível a prova da aposta com a apresentação original do bilhete, por se tratar este de título ao portador, valendo o que nele está escrito. No caso, fotocópias de bilhete ou de “recibos de custódia de bilhetes”, sem autenticação, não seriam aptas a provar o alegado na inicial.

Aduz, de outra parte, violação ao art. 6º do Decreto-Lei n. 204, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a exploração de loterias.

Sinaliza, de resto, dissídio jurisprudencial em relação ao REsp. n. 146.436-RJ, de relatoria do e. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma.

Contra-arrazoados (fls. 498-524), ambos os recursos especiais foram admitidos.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal (fl. 549).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Analiso, por primeiro, o recurso especial interposto pelo *Ministério Público Federal*, diante da prejudicialidade e maior abrangência em relação ao da CEF, que fundamentalmente alega ofensa ao art. 535 do CPC.

2.1. Afasto, de saída, a preliminar argüida em contra-razões, acerca da ilegitimidade do Ministério Público para recorrer.

Nos termos do art. 499 do CPC, pode o órgão do *Parquet* interpor recurso tanto em processos em que figurar como parte, quanto naqueles em que for

fiscal da lei, nas hipóteses disciplinadas no art. 82 do CPC e em outros diplomas legais.

Muito embora o puro interesse econômico/financeiro do Estado, ou de suas empresas públicas, não se confunda com o “interesse público” a que faz referência o inciso III, do art. 82, do CPC, no caso ora posto em julgamento, afigura-se-me presente a legitimidade do Ministério Público Federal para intervir no feito e, como conseqüente, manejar recursos.

É que as receitas auferidas com as loterias administradas pela Caixa Econômica Federal têm destinação eminentemente social, nos termos do Decreto-Lei n. 204/1967, da Lei n. 6.717/1979 e da Lei n. 6.168/1974.

O parágrafo único, do art. 1º, do Decreto-Lei n. 204/1967, está assim redigido:

Art 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-Lei.

Parágrafo único. A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público.

De outra parte, o resultado líquido do concurso de prognóstico destina-se às aplicações previstas no art. 5º, da Lei n. 6.168/1974, por força do que dispõe a Lei n. 6.717/1979, *verbis*:

Art 5º As aplicações a cargo da Caixa Econômica Federal, dentro das normas estabelecidas pelo Poder Executivo, serão feitas sob a forma de financiamentos, destinados, preferencialmente, a:

- I - Projetos de interesse do setor público, nas áreas de Saúde e Saneamento, Educação, Trabalho e Previdência e Assistência social;
- II - Projetos de interesse do setor privado, nas áreas referidas no item anterior;
- III - Programas de caráter social, para atendimento a pessoas físicas.

Com efeito, a discussão acerca do pagamento de prêmios da Loteria Federal tem reflexo imediato na receita a ser destinada a programas de interesse social.

Ademais, os concursos de loteria são oferecidos em larga escala ao público em geral, e a credibilidade dos sorteios diz respeito diretamente ao direito do consumidor, refletindo manifesto interesse difuso.

Se tudo não fosse suficiente, bem de ver que o Ministério Público oficia no feito desde junho de 2002 (fls. 294-296), atuando como fiscal da lei. Assim, incide a Súmula n. 99-STJ: “O *Ministério Público tem legitimidade* para recorrer no processo em que atuou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”.

Por esses motivos, patente a legitimidade do Ministério Público Federal em interpor recurso especial com base no § 2º, do art. 499, combinado com o art. 82, ambos do CPC.

Preliminar rejeitada.

2.2. Também não colhe êxito a alegada violação ao art. 535, CPC.

Com efeito, noticiam os autos que Adão Antônio Pereira pleiteou a condenação da CEF ao pagamento de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais), alegando ter ganho prêmio da “Supersena” referente ao Concurso n. 0083. A tese articulada pelo autor, em resumo, é a de que a referência ao Concurso n. 0084, constante em documento acostado na inicial, decorreu de erro da máquina registradora, uma vez que realizou o jogo na sexta-feira, dia 1º.11.1996, às 10:31 h, quando ainda não encerradas as apostas para o Concurso n. 0083.

Os fundamentos da sentença de improcedência foram os seguintes:

Com efeito, o bilhete acostado às fls. 23 não contém a data e hora da realização da aposta.

Consoante consta dos depoimentos prestados quando da cautelar de produção antecipada de provas, pelas testemunhas *Rosane Aparecida Ortogalli* e *Rosimar Chimendes de Andrade Silva* (fls. 56 e 58), o registro do dia e da hora do jogo só aparecia no início do talão, não se repetindo no volante de cada aposta.

Assim, não há como se ter certeza sobre esses dados quanto ao bilhete em questão.

Em que pese o fato de o Autor argumentar que dito jogo foi realizado junto com aqueles cujos bilhetes encontram-se às fls. 40-44, em que está registrado, na primeira linha, “1º.11.1996 10:31”, inexistente prova efetiva disso.

(...)

Por outro lado, as testemunhas *Solange de Jesus Vicente* e *Rosane Aparecida Ortogalli*, em seus depoimentos, foram precisas em afirmar que a “virada” para o concurso seguinte, à época em que os fatos ocorreram, era feita manualmente.

Tal fato permite concluir-se, inclusive com base em outros depoimentos e elementos constantes dos autos, que antes de o sistema ser *on line*, a “virada” de

um concurso para o seguinte não era realizado ao mesmo tempo em todas as casas lotéricas, sendo certo que “uma lotérica no interior do Estado localizada mais distante desta Central, teria que encerrar suas apostas antes para entregar os dados no mesmo horário que uma outra lotérica que, por estar mais próxima àquela Central, poderia ter encerrados suas apostas depois” (fl. 52).

Em sendo assim, não há prova nos autos que permita a essa Magistrada formar seu convencimento não apenas quanto ao real momento em que a aposta do Autor ocorreu, como igualmente em que horário do dia 1º.11.1996 foram encerradas, na casa lotérica em que foi feito o jogo referenciado, as apostas relativas ao Sorteio 0083.

E, em razão disso, exsurge como incontestável ter o Autor participado do Concurso n. 0084, à vista do registro efetivado em seu bilhete. (fl. 252)

Por sua vez, o voto condutor do acórdão de apelação, de lavra do então Juiz do TRF da 2ª Região Benedito Gonçalves, acrescenta que:

Como bem ressaltou a magistrada a quo, o registro no bilhete consta o “Concurso n. 0084” e foi para esse sorteio que concorreu o ora apelante, de forma consciente, que poderia, no momento da aposta, ter contestado aquele registro da máquina, se efetivamente existiu erro, como o mesmo sustenta.

Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13.11.1996, antes, portanto, do sorteio do Concurso n. 0084 (ocorrido em 14.11.1996), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias.

Ora, em face dos documentos e de tudo o mais que consta dos autos, e, considerando, ainda, que a recusa no pagamento do prêmio em nada beneficia a Caixa Econômica Federal nem a agência lotérica, é de se ter por legítima a conclusão do Juízo a quo no sentido de que, na verdade, o apelante efetuou o jogo para o concurso posterior ao que sustenta ter apostado, eis que no seu bilhete - única prova material do fato - consta o número do Concurso n. 0084, não podendo, portanto, trazer como consequência jurídica o pagamento do prêmio do concurso do qual comprovadamente não participou. (fls. 309-310)

Todavia, em sede de embargos de declaração, entendeu por bem o TRF da 2ª Região reconsiderar a posição firmada no acórdão que apreciou a apelação, julgando procedente o pedido inicial para condenar a CEF a pagar R\$ 22.000.000,00 atualizados ao autor. E assim o fez pelos seguintes fundamentos:

(...)

Somam-se, contudo, aos dizeres acima, o seguinte: a) - omite-se o v. acórdão recorrido quanto ao que contido às fls. 23 destes autos e fls. 5 da medida cautelar,

mencionada no d. voto condutor do v. acórdão recorrido. Em tal documento se lê: “recebemos o bilhete acima mencionado” e “autorizo creditar em minha conta o prêmio a que vier a fazer jus”. Tais peças evidenciam entrega de bilhete premiado, com autorização de creditar o prêmio na conta do autor. Assim, briga o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, por omissão, com o conjunto probatório. A prova material, a que se refere o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, é o certificado de custódia; b) – incide em contradição o d. voto condutor do v. acórdão embargado, às fls. 310, ao dizer: “Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13.11.1996, antes, portanto, do sorteio do Concurso n. 0084 (ocorrido em 14.11.1996), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias”. A contradição de tais proposições advém da impossibilidade fático – jurídica da emissão de “certificado de custódia de bilhete premiado (fls. 23) no dia 13, para um concurso que só iria correr no dia 14”. Ou, em outros termos, reconhecendo o d. voto condutor, às fls. 310, que o sorteio do Concurso n. 0084 ocorreu em 14.11.1996 e que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias, como admitir a possibilidade de um recibo de custódia de bilhete premiado, no dia 13 de novembro de 1996, referente a sorteio de jogo realizado no dia seguinte? ...; c) – a hipótese de inexatidão material do número do jogo, a que se refere a aposta, está prevista no item 1.9.1 do Anexo II, da Circular n. 60/1995, (fls. 15) do seguinte modo: “1.9 - Apostas às expensas do revendedor: 1.9.1 - A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: - concorre normalmente no concurso em que foi efetuada; - concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete”.

Isto posto:

Dou provimento ao recurso para, sanando omissão e contradição do v. acórdão recorrido, declarar que a aposta do Autor, a que se refere a peça vestibular ocorreu, como dito, expressamente, pela Ré, às fls. 61 da medida cautelar de produção antecipada de provas, em apenso, no dia 1º.11.1996, concorrendo ao Concurso de n. 083, no qual foi premiado (fls. 25) e, em consequência, atribuir efeitos modificativos ao v. acórdão recorrido, dando provimento ao apelo para, reformada a r. sentença de fls. 249-256, julgar procedente o pedido inaugural, condenando a Ré no pagamento ao Autor da quantia de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais), com acréscimo de correção monetária, desde a data em que deveria ter sido pago, no dia 07 de novembro de 1996, e juros de mora, a partir da citação. Condeno a Ré, outrossim, no pagamento das custas e em honorários advocatícios de 10% do valor da condenação. (fls. 359-360).

Colhe-se dos autos, ademais, que somente foi apresentado o “certificado de cautela” em substituição do bilhete alegadamente entregue à Caixa Econômica

Federal e extraviado. Também informou o MPF na peça recursal que o valor cobrado na inicial era bem diferente do valor que seria pago ao acertador do indigitado concurso (R\$ 10.357.697,77).

Diante da acolhida dos embargos de declaração com efeitos infringentes, bate-se o Ministério Público Federal em ofensa ao art. 535 do CPC, alegando que foi reexaminado todo o contexto probatório dos autos para se chegar a conclusão diversa.

Sem razão, todavia.

É que, em verdade, pode e deve o Tribunal *a quo*, em sede de embargos de declaração, sanar eventual contradição ou omissão existente na apreciação de determinada prova, tal como produzida em primeiro grau, sob pena de, nesse caso, violar o art. 535 do CPC.

Havendo, em decorrência do novo exame, supressão da omissão ou contradição, resultando novos contornos acerca da prova produzida, tal possibilidade está contemplada pela excepcionalidade de se emprestar efeitos infringentes aos aclaratórios.

Esta Corte sufraga tal assertiva:

Processual Civil. Ação indenizatória. Ausência de manifestação do tribunal *a quo* sobre temas suscitados na apelação e reiterados em embargos declaratórios. CPC, art. 535, II. Anulação.

I. Se os temas suscitados pela parte tanto na apelação, como nos embargos de declaração, por versarem sobre a contradição da prova dos autos, somente podem ser apreciados na instância ordinária, identifica-se omissão no julgamento do Tribunal estadual que, inobstante a relevância, no caso, da matéria de defesa, notadamente em relação ao valor da indenização, deixa de se manifestar a respeito.

II. Recurso especial conhecido em parte e provido, para que, anulado o julgamento dos embargos declaratórios, outro seja proferido apreciando os pontos nele abordados em ratificação à peça apelatória.

(REsp n. 169.055-SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 11.04.2000, DJ 26.06.2000, p. 176)

Embargos de declaração. Omissão e contradição.

1. Apontando os declaratórios contradição entre a prova técnica negativa e a condenação em perdas e danos, em período abrangido pela perícia, mas decorrente de descumprimento de liminar e omissão sobre o deferimento de

verba não incluída no pedido, impõe-se ao Tribunal de origem o desate específico dos pontos indicados, no âmbito do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 160.072-RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 17.05.1999, p. 197)

Com efeito, em tese, era mesmo possível ao Tribunal emprestar efeitos infringentes aos embargos para suprir omissão ou contradição alusiva à análise da prova. Porém, não é possível deslindar nesta instância se o Tribunal, quando do julgamento da apelação, já teria ou não manifestado juízo acerca do ponto alegadamente omissivo ou contraditório, por ser matéria eminentemente probatória. Incide, assim, a Súmula n. 7.

Além do mais, como se verá, é caso de aplicação do art. 249, § 2º, do CPC, que assim preleciona: “Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”.

Nesse sentido, também é o seguinte precedente: REsp n. 282.716-SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 21.02.2006, DJ 10.04.2006, p. 168.

3. Quanto ao mérito, o recurso merece acolhida.

É incontroverso o fato de que o autor somente apresentou, com a inicial, o chamado “recibo de custódia”, documento entregue pela CEF quando um apostador se diz ganhador de concurso de loteria, mediante a contra-entrega pelo alegado ganhador do bilhete supostamente premiado.

O recibo - e isso também é incontroverso -, faz referência ao Concurso n. 0084 da “Supersena”, sendo certo, ademais, que os números apostados pelo autor foram sorteados no Concurso n. 0083. Em relação ao bilhete original, o próprio autor esclarece na inicial que constava mesmo a referência ao Concurso n. 0084.

Esse fato é justificado pelo autor nos seguintes termos:

Accontece que o Autor foi até a Caixa Econômica Federal, se dirigiu ao Gerente com o bilhete n. 19.2.11114-0T-01/015-01/0186867-1, que estava qualificado como concurso 0084, deixando o Autor surpreso.

Como a máquina registradora da Loteria Esportiva mudou o Concurso n. 0083 para 0084, ainda dentro da semana do Concurso n. 0083, trouxe um prejuízo incalculável ao Autor. (fl. 03)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, dirigiu sua análise à existência de provas de que o autor teria realizado sua aposta no prazo para concorrer ao sorteio n. 0083, malgrado tenha sido processada somente para o de n. 0084, chegando a conclusão de que essa circunstância seria suficiente para o acolhimento do pleito.

Contudo, mostra-se irrelevante a perquirição acerca do propósito do autor, tampouco se a aposta foi realizada neste ou naquele dia, tendo em vista que o que deve nortear o pagamento de prêmios de loterias federais, em se tratando de apostas não nominativas, é a literalidade do bilhete, eis que ostenta este características de título ao portador.

Tal conclusão se extrai da leitura dos dispositivos da legislação regente, como, por exemplo, os arts. 6º e 12, *caput* e § 2º, do Decreto-Lei n. 204/1967:

Art 6º O bilhete de loteria, ou sua fração, será considerado nominativo e intransferível quando contiver o nome e endereço do possuidor. A falta desses elementos será tido como ao portador, para todos os efeitos.

Art 12. Em caso de roubo, furto ou extravio, aplicar-se-á ao bilhete ou fração de bilhete de loteria, não nominativo, e no que couber, o disposto na legislação sobre ação de recuperação de título ao portador.

(...)

§ 2º Somente mediante ordem judicial deixará de ser pago algum prêmio ao portador ou ao titular do bilhete ou fração premiados.

Percebe-se que da generalidade, senão unanimidade, das apostas relativas a prêmios oferecidos pela Loteria Federal, extraem-se bilhetes não nominativos, como é o caso dos autos, devendo o prêmio ser pago a quem, no prazo estipulado em lei, apresentar o bilhete premiado.

Se é assim, o bilhete premiado veicula um direito autônomo, cuja obrigação se incorpora no próprio documento, podendo ser transferido por simples tradição, característica que torna irrelevante a discussão acerca das circunstâncias em que se aperfeiçoou a aposta.

Caio Mário, em suas *Instituições*, esclarece com precisão tal característica dos títulos ao portador:

O princípio cardeal em matéria deste instrumento é que a legitimidade do direito representado pelo título de crédito assenta na conjugação da *materialidade* do instrumento e sua posse, presumindo-se credor quem se apresenta como *possuidor do documento*. E seu fundamento é encontrado na

teoria da *incorporação* segundo a qual o direito permanece desde a origem, e em todas as fases de sua existência circulatória, vinculado ao documento que o exprime e delimita; a aquisição do título induz a do direito, da mesma forma que a transmissão de um *produz* a do outro.

(...) Não é mero instrumento probatório, porém documento constitutivo da obrigação, como não se configura como simples reconhecimento de uma dívida, mas um título obrigatório em si mesmo. (*Instituições de direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 474)

Por sua vez, Pontes de Miranda, em sua mais monumental obra, bem diferencia os bilhetes de loteria nominativos - que caracterizam, em última análise, um contrato de loteria - daqueles bilhetes ao portador, *verbis*:

Loterias são jogos de azar entre muitos e um só, mediante determinado plano, pelo qual a tirada de uma ficha, ou a aparição de um número, ou, ainda, qualquer outro meio semelhante de sortear, decide sobre a perda do jogador correspondente, ou de seu ganho. (...) Pelo contrato de loteria (bilhete nominativo), obriga-se o empreendedor do jogo, perante grande número de contraentes, que de seu lado lhe pagam soma em dinheiro, ou outro valor, a prestar ao vencedor no sorteio prêmio a que o legitima o bilhete nominativo suscetível de se reger pelas regras jurídicas concernentes aos títulos nominativos. Supõem-se transferíveis. Sempre que nos referimos à loteria, tratamos somente do bilhete ao portador, que é hoje quase o único usado, sem os caracteres do contrato de loteria, pois constitui a figura do título ao portador. (*Tratado de direito privado*, Tomo XXXII, 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 440)

Com efeito, tratando-se de títulos ao portador, e levando em consideração que os sistemas de loterias são bastante visados por toda sorte de fraudes, a cautela no pagamento de prêmios deve ser a maior possível, não podendo haver pagamento além daquilo que está estampado no bilhete apresentado.

Por exemplo, se um bilhete premiado é extraviado e a Caixa Econômica Federal paga a quem fez a aposta, mediante provas incontestes - como pretende o autor, ora recorrido -, ainda assim não estará desobrigada a pagar a outrem que apresentar o título no prazo, por força do que dispõe o § 2º, art. 12, do Decreto-Lei n. 204/1967.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era nesse sentido:

Recurso extraordinário contra acórdão que julgou improcedente a ação do portador de um bilhete de loteria inutilizado por erro. Exata aplicação das disposições do Decreto-Lei n. 6.259. Denegação do recurso. Agravo desprovido. (AI n. 23.127, Relator(a): Min. Antonio Villas Boas, Segunda Turma, julgado em 04.10.1960, ADJ Data 29.05.1961 PP-00089 EMENT VOL-00438 PP-00189)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a e. Terceira Turma, em duas oportunidades, apreciou o tema, exarando sempre o mesmo entendimento:

Civil. Loteca do certo e do errado. O direito do apostador se limita ao que está contido no título ao portador, nada importando que possa ter sido confundido por informações imprecisas de concursos anteriores, já corrigidas por ocasião de sua aposta. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 146.436-RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 14.09.1999, DJ 25.10.1999, p. 77)

Direito Processual Civil. Loteria. Prêmio. Ônus da prova.

- Não há relevância em possível equívoco momentâneo, relativo a informações imprecisas, concernentes a concursos anteriores, prevalecendo, tão-somente, o que está descrito no título ao portador, o qual constitui o único e, portanto, restrito direito do apostador, notadamente quando já corrigida a falha humana, no momento da efetivação da aposta, que gerou a incoerência no sistema.

- Se o Tribunal de origem referendou a apreciação fática da questão dada pelo Juiz, no sentido de que as provas produzidas atestam para a carência de comprovação da alegada data em que se operou a aposta, considerando-se que, de acordo com o título, prevalece aquela nele contida, nada há para retocar no acórdão recorrido.

- Cabe, portanto, ao apostador conferir o bilhete de loteria no momento da sua emissão.

- O ônus da prova, por conseguinte, incumbe ao portador do título.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 960.284-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008)

5. Ressalte-se, ademais, que a tese veiculada pelo autor da ação, de que devido a erro no processamento de sua aposta não foi possível receber o prêmio, somente seria apta a lastrear ação de responsabilidade civil, com vistas à reparação do apontado dano sofrido, contra quem entender de direito, mas não para receber o prêmio da loteria com base em bilhete que não ostenta os números sorteados para o concurso indicado.

6. Assim, o recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal deve ser conhecido pela divergência e provido, restando prejudicadas as demais teses, bem como prejudicado está o recurso interposto pela Caixa Econômica Federal.

7. Diante do exposto, conheço do recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal e dou-lhe provimento, para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na inicial; e julgo prejudicado o recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal.

A cargo do recorrido, custas e honorários advocatícios, estes ora fixados em R\$ 1.500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, observados, se for o caso, os benefícios previstos na Lei n. 1.060/1950.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Presidente): Srs. Ministros, como se vê, trata-se de um tema quase de auto indagação. Porém, assim, não se apresenta pelos fatos que encerra. Lembro-me do livro “Títulos de Crédito”, do Prof. *João Eunápio Borges*, onde ele leciona que o bilhete de loteria, a passagem de ônibus, etc, não são títulos de crédito, mas, sim, comprovantes de legitimação. Quando, por exemplo, se compra uma passagem de ônibus e nela vem assinalada a cadeira de número 27, trata-se de um comprovante de legitimação de que, naquela viagem, o passageiro – adquirente do bilhete – terá posse (direito) daquela cadeira e nada mais. Vale o comprovante pela sua literalidade, pelo que nela está escrito. Não serve a compra da cadeira n. 2, recebendo, no entanto, a de n. 27 e querer reivindicar a de n. 2.

Aliás, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão menciona um precedente da Terceira Turma, do Sr. Ministro Ari Pargendler, no Recurso Especial n. 146.436-RJ, que diz:

O direito do apostador se limita ao que está contido no título ao portador, nada importando que possa ter sido confundido por informações imprecisas de concursos anteriores.

Li os memoriais que o Dr. Aldir Guimarães Passarinho ofereceu e fiquei muito preocupado com este caso, mas entendo, como o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que vale o que está escrito. Se o recorrido fez a aposta, julgando apostar no jogo oitenta e três, mas o fez no jogo oitenta e quatro, vale o oitenta e quatro e não o oitenta e três; se foi um erro de digitação ou da lotérica, esse é outro problema, mas esse erro não confere o direito ao prêmio.

Não vejo como deferir um prêmio de um concurso para quem, pelo comprovante de legitimação que exibiu, fez aposta em outro.

Com a devida vênia do Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator para julgar improcedente a ação.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: A controvérsia instaurada nos autos diz respeito ao suposto prêmio da Super Sena, Concurso n. 0083, sorteado em 06 de novembro de 1996, sem ganhadores.

Os fatos estão bem delineados no seguinte sentido: o autor da presente ação alegou que participou do certame, mas que, por erro na máquina registradora da casa lotérica, teria ficado registrado no seu bilhete que concorria para o Concurso n. 84. Nada obstante, os números que apostou foram sorteados no Concurso n. 0083. Assim, veio ao judiciário reclamar o prêmio.

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, ao fundamento de que as provas constantes dos autos não são suficientes para demonstrar que efetivamente participou do Concurso n. 0083, já que no bilhete constava o n. 0084.

A sentença foi mantida pelo Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, esse tribunal, ao decidir os embargos declaratórios opostos pelo autor da ação, os acolheu com efeito infringente, determinando à CEF que pague o valor de vinte e dois milhões de reais corrigidos desde 1996 (valor este posteriormente retificado para cerca de dez milhões).

Interposto recurso especial pela CEF e Ministério Público, o Ministro Luiz Felipe Salomão votou no sentido de conhecer e prover o recurso. Já o Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, iniciou divergência, no sentido de manter o acórdão recorrido.

Pedi vista para melhor exame, e constato que a questão é pungente, pois há uma pessoa reclamando o prêmio de vinte e dois milhões de reais, fez provas que até corroboram sua tese como expendida na inicial, mas que não chegam a ser conclusivas. Tanto assim é, que o Tribunal *a quo* ao conferir efeito modificativo aos embargos, interpretou às mesmas provas anteriormente analisadas, apenas concluindo diversamente sobre fatos já debatidos.

Contudo, isso indica um caminho a ser seguido para solução da lide e, trilhando por ele, inicio por me posicionar em sentido diverso do Ministro Honildo Amaral, *data venia*.

a) da legitimidade do Ministério Público para propor o recurso especial.

Inicialmente, não tenho nada a acrescentar aos votos que me precederam sobre a legitimidade do Ministério Público para aviar o recurso especial, pelo que corroboro inteiramente com as conclusões do Relator.

b) da violação às disposições do artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil.

É fato incontroverso que o autor da ação, no dia 1º.11.1996, fez uma aposta para concorrer na *Super Sena* e saiu com um bilhete indicando que estava participando do Concurso n. 0084. De outro lado, restou sem solução se efetivamente concorreu para o concurso de n. 0084, ou se fez sua aposta a tempo de concorrer no concurso anterior, o de n. 0083, hipótese que se seria possível acaso tivesse apostado antes das 14:00 horas do dia 1º.11.1996. E, isso não foi comprovado, segundo a sentença, pois não trouxe aos autos o original do bilhete de aposta. Também não trouxe o original do recibo de custódia fornecido pela CEF, que ele obrigatoriamente deveria ter, caso seu bilhete tivesse ficado retido na CEF, conforme alegou. Não cuidou sequer de fornecer cópias autenticadas.

Face a essas inconsistências e à falta do original do bilhete, a sentença concluiu que, não havendo elementos suficientes que pudessem levar ao convencimento de que a aposta feita pelo autor fora a tempo e hora de participar do Concurso n. 0083, surgia, incontestavelmente, que havia participado do Concurso n. 0084 (fl. 252).

Nessa esteira, concluiu o Tribunal *a quo*, ao julgar a apelação:

Ora, em face dos documentos e de tudo o mais que consta dos autos, e, considerando, ainda, que a recusa no pagamento do prêmio em nada beneficia a Caixa Econômica Federal e a agência lotérica, é de se ter por legítima a conclusão do Juízo *a quo* no sentido de que, na verdade, o apelante efetuou o jogo para o concurso posterior ao que sustenta ter apostado, eis que no seu bilhete – única prova material do fato – consta o número do Concurso n. 0084, não podendo, portanto, trazer como consequência jurídica o pagamento do prêmio do concurso do qual comprovadamente não participou. (fl. 310).

Esse entendimento foi alterado no julgamento dos embargos declaratórios e neste ponto reside o cerne da controvérsia trazida no recurso especial.

Quando o Tribunal alterou suas conclusões no julgamento dos embargos declaratórios, entendeu que se o jogo fora feito no dia 1º.11.1996, então haveria de se deduzir que estava o autor concorrendo para o concurso da semana, o de número 83. Também presumiu que o acolhimento pela CEF do bilhete premiado na data de 13.11.1996 era indício de que não poderia ter concorrido para o Concurso de n. 0084 que seria sorteado no dia seguinte. Além disso afirmou que a hipótese de inexatidão material era prevista pelo CEF. Observa-se:

Reconhecendo, como o reconheço, efetivamente, que a aposta se fez no dia 1º.11.1996, o que daí se segue, necessariamente, é que , como dito , às fls. 320, “as apostas feitas no dia 1º foram sorteadas no dia 7, como se vê de fls. 149 da medida cautelar (a que – repita-se – se refere o d. voto condutor do v. acórdão embargado) e pode ser confirmado na *Internet* a qualquer tempo. No dia 7 correu o Concurso n. 83 e não o 84. Assim, se o recorrente lançou seus números no dia 1º, necessariamente estavam concorrendo ao Concurso n. 83, embora do certificado conste o n. 84, por um evidente erro de digitação”.

Somam-se, contudo, aos dizeres acima, o seguinte: a) - omite-se o v. acórdão recorrido quanto ao que contido às fls. 23 destes autos e fls. 5 da medida cautelar, mencionada no d. voto condutor do v. acórdão recorrido. Em tal documento se lê: “recebemos o bilhete acima mencionado” e “autorizo creditar em minha conta o prêmio a que vier a fazer jus”. Tais peças evidenciam entrega de bilhete premiado, com autorização de creditar o prêmio na conta do autor. Assim, briga o d. voto condutor do v. acórdão recorrido , por omissão, com o conjunto probatório. A prova material, a que se refere o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, é o certificado de custódia; b) – incide em contradição o d. voto condutor do v. acórdão embargado, às fls. 310, ao dizer: “Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13.11.1996, antes, portanto, do sorteio do Concurso n. 0084 (ocorrido em 14.11.1996), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias”. A contradição de tais proposições advém da impossibilidade fático – jurídica da emissão de “certificado de custódia de bilhete premiado (fls. 23) no dia 13, para um concurso que só iria correr no dia 14”. Ou, em outros termos, reconhecendo o d. voto condutor, às fls. 310, que o sorteio do Concurso n. 0084 ocorreu em 14.11.1996 e que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias, como admitir a possibilidade de um recibo de custódia de bilhete premiado , no dia 13 de

novembro de 1996, referente a sorteio de jogo realizado no dia seguinte? ...; c) – a hipótese de inexatidão material do número do jogo, a que se refere a aposta, está prevista no item 1.9.1 do Anexo II, da Circular n. 60/1995, (fls. 15) do seguinte modo: “1.9 – Apostas às expensas do revendedor: 1.9.1 – A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: - concorre normalmente no concurso em que foi efetuada; - concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete”.

Isso tudo são conclusões extraídas dos mesmos fatos, anteriormente considerados, deixando antever que o julgador alterou seu entendimento, sem que houvesse nenhuma omissão ou contradição no acórdão recorrido; basta ver que dos mesmos fatos extraiu outras deduções, pois sequer apontou alguma prova que eventualmente tivesse deixado de considerar. Observa-se os termos do acórdão embargado:

Dessa forma, a questão posta nos autos resume-se à qual concurso se dirigiu a aposta feita pelo autor, que sustenta ter havido um defeito do maquinário ou, ainda, uma conduta delituosa por parte do preposto da ré, quando emitiu bilhete referente a concurso posterior, quando ainda não encerradas as apostas do concurso anterior, realizada, segundo alega, em 1º.11.1996, às 10:31 horas.

Conforme salientado na r. sentença, a única prova material constante dos autos é o bilhete de apostas, constando o número do concurso como sendo o de 0084.

Os depoimentos constantes na ação cautelar de produção antecipada de provas esclarecem que os registros do dia e da hora do jogo só aparecem no início do talão, não se repetindo no volante de cada aposta, sendo que o bilhete acostado aos autos não contém nem a data nem a hora da realização do jogo.

Apesar de o autor ter alegado que o dito jogo foi realizado conjuntamente com os acostados às fls. 40-44, nos quais está registrado o dia 1º.11.1996 e a hora 10:31, na primeira linha, inexistem nos autos qualquer prova que permita precisar, em relação ao pretensão jogo premiado, tais dados.

Frise-se que, segundo o depoimento da testemunha *Rosimar Chimendes*, ex-funcionária da Casa de Apostas Volta Redonda, o código “BIL 0084.060.908” é um número seqüencial dos volantes de apostas sucessivas, não servido como prova do alegado no presente caso, eis que nenhum daqueles bilhetes acostados se referem ao jogo da *Supersena*.

De se destacar, ainda, segundo os diversos depoimentos, que, à época dos fatos, a “virada” de um concurso para outro era feita manualmente e não *on line* como ocorre hoje, ou seja, uma lotérica no interior do Estado teria que encerrar suas apostas antes, a fim de entregar os dados no mesmo horário que uma outra, mais próxima à Central, e que, por isso, poderia encerrar suas apostas depois (fls. 52).

Como bem ressaltou a magistrada a quo, o registro no bilhete consta o “Concurso n. 0084” e foi para esse sorteio que concorreu o ora apelante, de forma consciente, que poderia, no momento da aposta, ter contestado aquele registro da máquina, se efetivamente existiu erro, como o mesmo sustenta.

Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13.11.1996, antes, portanto, do sorteio do Concurso n. 0084 (ocorrido em 14.11.1996), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias.

Ora, em face dos documentos e de tudo o mais que consta dos autos, e, considerando, ainda, que a recusa no pagamento do prêmio em nada beneficia a Caixa Econômica Federal nem a agência lotérica, é de se ter por legítima a conclusão do Juízo a quo no sentido de que, na verdade, o apelante efetuou o jogo para o concurso posterior ao que sustenta ter apostado, eis que no seu bilhete - única prova material do fato - consta o número do Concurso n. 0084, não podendo, portanto, trazer como consequência jurídica o pagamento do prêmio do concurso do qual comprovadamente não participou.

Comunente sabido que a irresignação da parte quanto às conclusões do julgamento não é sinônimo de negativa de prestação jurisdicional. Nem mesmo o *error in iudicando*, indica a existência de omissão ou contradição no acórdão embargado.

As hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios são restritas e não comportam mera reapreciação da matéria.

Nesse contexto, oportuno transcrever as palavras do insigne Ministro Carlos Velloso, para quem “Os EDcl. tem pressupostos certos no CPC 535, não se prestando para corrigir *error in iudicando*. Só se admite a oposição do recurso de EDcl quando o erro cometido pela decisão embargada for no procedimento, quer dizer, erro na aplicação de norma de processo ou procedimento. Quando o erro for de julgamento, ou seja, de aplicação incorreta do direito à espécie, não cabem os EDcl.” (STF, Segunda Turma, EDclROMS n. 22.835-4, DJ de 23.10.1998).

In casu, colheu-se os embargos declaratórios, conferindo-lhe efeito infringente, para meramente, alterar as conclusões acerca dos mesmos fatos anteriormente analisados.

E, me estendi nas citações quantos às questões abordadas em ambos os acórdãos para deixar claro que houve alteração de conclusão, ou seja, reapreciação da matéria anterior, fato que efetivamente levou à vulneração das disposições do

artigo 535, I e II do Código de Processo Civil, mas, dessa vez – o que não é comum verificar-se nesta Corte – pelo excesso e não pela falta, ou seja, o Tribunal mudou o entendimento anterior e aproveitou-se da oportunidade dos embargos para alterar as conclusões do acórdão sem que houvesse, realmente, algum dos vícios previstos na norma processual que autorizasse esse procedimento.

Os embargos declaratórios, tal qual o recurso especial, tem natureza vinculada, e somente comportam reexame da matéria nos estreitos limites estabelecidos pela norma.

Ultrapassando-se esses limites, seja para deixar de corrigi-los quando efetivamente verificados, seja para alterar o julgado sob entendimento de que há omissão ou contradição quando não o há de fato, a norma encontra-se vulnerada.

Vejo, por conseguinte, que houve vulneração às disposições do art. 535, I e II do Código de Processo Civil, pelo que dou provimento aos recursos especiais da CEF e do Ministério Público, para desacolher os embargos declaratórios opostos por Adão Antonio Pereira, restabelecendo, por conseguinte, a eficácia do acórdão embargado de fls. 309-311.

c) do bilhete de aposta na SUPERSENA.

Se superada a vulneração às disposições do art. 535, do CPC, adentrando-se ao mérito da questão tratada nos autos, não há como deixar de concordar com o Ministro Relator Luis Felipe Salomão.

Como efeito, amplamente debatido nos autos que a cópia do bilhete de aposta (trazida aos autos de forma incompleta, eis que não consta dele a data e hora da aposta), ou do recibo de custódia fornecido pela CEF, dão conta de que o recorrido participou do Concurso de n. 0084.

O que deve nortear o pagamento de prêmios de loterias federais é a literalidade do bilhete, já que as apostas não são nominativas. As hipóteses são balizadas com as características de título ao portador.

Veja precedente a respeito no âmbito deste Tribunal:

Direito Processual Civil. *Loteria*. Prêmio. Ônus da prova.

- Não há relevância em possível equívoco momentâneo, relativo a informações imprecisas, concernentes a concursos anteriores, prevalecendo, tão-somente, o que está descrito no título ao portador, o qual constitui o único e, portanto, restrito direito do apostador, notadamente quando já corrigida a falha humana, no momento da efetivação da aposta, que gerou a incoerência no sistema.

- Se o Tribunal de origem referendou a apreciação fática da questão dada pelo Juiz, no sentido de que as provas produzidas atestam para a carência de comprovação da alegada data em que se operou a aposta, considerando-se que, de acordo com o título, prevalece aquela nele contida, nada há para retocar no acórdão recorrido.

- Cabe, portanto, ao apostador conferir o bilhete de *loteria* no momento da sua emissão.

- O ônus da prova, por conseguinte, incumbe ao portador do título.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 960.284-RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 05.08.2008).

Isto posto, dou provimento ao recurso especial para cassar a decisão proferida nos embargos declaratórios e, por conseguinte, restabelecer a eficácia do acórdão de fls. 309-311.

Se vencido neste fundamento, acompanho o eminente Relator para dar provimento ao recurso a fim de julgar improcedentes os pedidos da petição inicial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP): Pedi vista para melhor conhecer a matéria em exame, em face da relevância do direito buscado e quanto as suas repercussões de ordem financeira.

Entendo necessária a realização de uma síntese dos fatos para a melhor compreensão da controvérsia e os limites recursais.

Em verdade objetiva-se no pedido formulado na petição inicial de Adão Antônio Pereira o pagamento pela Caixa Econômica Federal da quantia de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais) correspondente ao sorteio n. 0083 da *Supersena* ocorrido no mês de novembro de 1996.

Inocorreu o pagamento administrativo, residindo a controvérsia nos seguintes fatos:

a) alega o autor-recorrido que jogou no sorteio de n. 0083, tendo em vista que realizou a aposta em 1º.11.1996, último dia permitido para concorrer ao Concurso n. 0083;

b) que a alusão realizada no bilhete como relativo ao concurso n. 0084 foi equivocada porque o jogo se referiu ao anterior sorteio, ou seja, o de n. 0083;

c) diante desses fatos, não houve o pagamento do valor do prêmio.

O pedido foi julgado *improcedente* pela sentença monocrática proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara Federal de Volta Redonda, confirmada pelo v. acórdão do eg. Tribunal Regional Federal, ao argumento, em síntese, de que a aposta realizada pelo autor fora para o sorteio 0084, provado materialmente no bilhete, afastada a tese sustentada pelo recorrido de que fizera a aposta no dia 1º.11.1996, às 10:31 horas, na vigência do sorteio n. 0083.

O recurso de apelação foi improvido.

Contudo, em sede de Embargos de Declaração com efeitos infringentes, o eg. Tribunal Regional Federal dizendo que o acórdão omitira o fato documental de que em 13.11.1996, antes do sorteio n. 0084, realizado no dia 14.11.1996, recebera a CEF o bilhete premiado das mãos do autor, autorizando o crédito em sua conta-corrente, agora, também, se referindo à Circular n. 65/1995, da CEF, acolheu o pedido inicial para reconhecer o direito ao prêmio, cujos fundamentos analisarei abaixo.

Dois são os Recursos Especiais manifestados: a **Caixa Econômica Federal** sustenta, resumidamente, que “*foi dado provimento a embargos de declaração para reexame meritório da demanda, certo de que inexistia qualquer omissão ou contradição intrínseca no julgado*”, constituindo, pois, análise das provas; o **Ministério Público Federal** argumenta maltrato ao art. 535, do CPC, uma vez que não é autorizados o reexame de prova via embargos declaratórios, e art. 20 do CPC. Sustenta, também, ofensa aos artigos 332 e 333 do Código Unitário “... *porquanto somente seria cabível a prova da aposta com a apresentação original do bilhete, por se tratar de título ao portador, valendo o que nele está escrito*”, rejeitando “*fotocópias de bilhete ou do recibo de custódia de bilhetes, sem autenticação, não seriam aptas a provar o alegado na inicial, sinalizando dissídio jurisprudencial de lavra do em. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma*”.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República propugnou pelo provimento do Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Federal.

Em Sessão de julgamento, o eminente *Ministro Luis Felipe Salomão* afastando a violação ao ar. 535, do CPC, argüida pelo MPF, diz que em se tratando de bilhete não nominativo mostra-se irrelevante a perquirição acerca do propósito do autor, se a aposta foi realizada neste ou naquele dia,

pois prevalecerá a literalidade do bilhete face das características do título ao portador, transferível por tradição, o que torna irrelevante a discussão acerca das circunstâncias em que se aperfeiçoou a aposta, concluindo em prover o Recurso do Ministério Público Federal e julgar prejudicado do interposto pela Caixa Econômica Federal.

Peço vênia para dissentir do em. Ministro Luis Felipe Salomão, quanto ao mérito, mas acolho as rejeições das preliminares de legitimidade Recursal do MPF e afastamento alegada violação ao art. 535, do CPC, pelos fundamentos aduzidos pelo em. Ministro Relator.

Não obstante a literalidade do bilhete da *Supersena*, da possibilidade de transferência por tradição, o exame do direito levado a efeito na extração dos fundamentos emergentes do v. acórdão dos Embargos Infringentes, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, leva a conclusão, em parte, do acerto da d. decisão recorrida posto que há de ser excluído o *excesso do valor pedido* por não ser o concedido pelo sorteio, como será analisado na conclusão deste voto.

A matéria em discussão é de altíssima relevância em face do valor que atingirá a indenização, mas que ao julgador não compete decidir a causa apenas pelo valor do direito material, senão pelo direito posto a uma das partes, restando, assim, fundamentado o v. acórdão recorrido:

Somam-se, contudo, aos dizeres acima, o seguinte: a) – omite-se o v. acórdão recorrido quanto ao que contido às fl. 23 destes autos e fls. 5 da medida cautelar, mencionada no d. voto condutor do v. acórdão recorrido. Em tal documento se lê: “recebemos o bilhete acima mencionado” e “autorizo creditar em minha conta o prêmio a que vier a fazer jus”. Tais peças evidenciam entrega de bilhete premiado, com autorização de creditar o prêmio na conta do autor. Assim, briga o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, por omissão, com o conjunto probatório. A prova material, a que se refere o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, é o certificado de custódia; b) – incide em contradição o d. voto condutor do v. acórdão embargado, às fls. 310, ao dizer: “Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13.11.1996, antes portanto, do sorteio do Concurso n. 0084 (ocorrido em 14.11.1996), em nada prova que o aplete apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias”. A contradição de tais proposições advém da impossibilidade fático – jurídica da emissão de “certificado de custódia de bilhete premiado (fl. 23) no dia 13, para um concurso que só iria correr no dia 14”. Ou, em outros termos, reconhecendo o d. voto condutor, às fls. 310, que o sorteio do Concurso n. 0084 ocorreu em 14.11.1996 e que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após

pesquisa feita pela Central de Lotéricas, como admitir a possibilidade de um recibo de custódia de bilhete premiado, no dia 13 de novembro de 1996, referente a sorteio de jogo realizado no dia seguinte?...; c) A hipótese de inexatidão material do número do jogo, a que se refere à aposta, está prevista no item 1.9.1 do Anexo II, da Circular n. 60/1995, (fls. 15) do seguinte modo: “1.9 – Apostas às expensas do revendedor: 1.91 – A aposta vendida com número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: - concorre normalmente no concurso em que foi efetuada; - concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete.

Isto posto:

Dou provimento ao recurso para sanando omissão e contradição do v. acórdão recorrido, declarar que a aposta do Autor, a que se refere a peça vestibular ocorreu, como dito, expressamente, pela Ré, às fls. 61 da medida cautelar de produção antecipada de provas, em apenso, no dia 1º.11.1996, concorrendo ao Concurso de n. 0083, no qual foi premiado (fls. 25) e, em consequência, atribuir efeitos modificativos ao v. acórdão recorrido, dando provimento ao apelo para, reformada a r. sentença de fls. 249-256, julgar procedente o pedido inaugural, condenando a Ré no pagamento ao autor da quantia de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais), com acréscimo de correção monetária, desde a data em que deveria ter sido pago, no dia 07 de novembro de 1996, e juros de mora, a partir da citação. Condeno a Ré, outrossim, no pagamento das custas e em honorários advocatícios de 10% do valor da condenação. (grifei)

A meu entender, permissa vênua, a interpretação dada à solução do litígio pelo eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em sede de embargos de declaração com efeito infringentes ajustou-se à escorreita aplicação da norma jurídica, pois

“... O intérprete tem seus compromissos jurídicos, tais como: conferir eficácia à norma, extrair o máximo grau de justiça que ela possa oferecer, fazê-la alcançar o maior número possível de destinatários, preservar seu conteúdo isonômico, assegurar-lhe a progressividade, amoldá-las às situações concretas, estabelecer vínculos entre seu lado meramente normativista e a perspectiva fática, aplicá-la racional e fundamentadamente, dar continuidade ao trabalho do legislador, etc.”, havendo compromissos com a ordem política e social, observar as reservas econômicas do Estado, os programas constitucionais, o alcance das medidas governamentais, a integridade dos atos públicos praticados sob o manto da norma, a paz e o progresso sociais, etc.). (Cfr. Francisco Gérson Marques de Lima *in* “O STF na crise institucional brasileira” Malheiros Editores, 2009, p. 54).

Não se pode ignorar para solução deste litígio a valoração dos fundamentos *acolhidos pela moldura fática* do v. acórdão recorrido, assim sintetizadas:

a) de que a CEF declarou, por escrito – fl. 23 dos autos e 5 da medida cautelar que: “*recebemos o bilhete acima mencionado*” e “*autorizo creditar em minha conta o prêmio a que vier fazer jus*”.

É incontroverso no v. acórdão que essa declaração está datada do dia 13 de novembro de 1996, nominativa ao Autor-recorrido, portanto na vigência do sorteio n. 0083 e antes do sorteio n. 0084;

Também restou incontroverso que o sorteio n. 0084 somente ocorreu no dia seguinte, ou seja, em 14 de novembro de 1996, razão pela qual nenhum fundamento tem a afirmativa de que o sorteio seria o de número 0084.

Ressalte-se que a Caixa Econômica Federal, fl. 47, a despeito de haver recebido o bilhete premiado por escrito afirmou perante a MM^a Juíza Federal:

... pela ilustre patrona da CEF foi dito que não existe processo administrativo originado do recibo de custódia e que não foram localizados em seus arquivos, mesmo os informatizados, dados sobre a aposta do requerente.

Da sentença homologatória consta a afirmação judicial de que “... atendendo determinação do MM Juízo (fl. 57) para apresentação do documento requerido, a CEF informou que não o tem em seu poder (fl. 61-62).

Determinado, ainda, que a CEF apresentasse a chamada “*linha de segurança*” que indicaria o dia e a hora da efetivação do jogo, afirmou a Recorrente que

O autor fez sua aposta em 1º.11.1996 – *sic* -, portanto sob a vigência do sistema *off-line* que, se por um lado se caracterizava exatamente pela ausência dessas informações no bilhete de aposta, por outro lado informava claramente que o prêmio prescrevia em 90 (noventa) dias e que as reclamações deveriam ser feitas no decêndio contado da aposta.

Destarte, face da normatização atinente aos concursos de loterias, **não há “linha de segurança”** a ser trazida aos autos, dado que esta instituição financeira não mantém – pois não é obrigada a tanto – tal documentação em arquivo”. (fl. 61-62, processo em anexo).

Esses fatos emergem do v. acórdão recorrido, certo de que

a) A CEF confessou inexistir o documento que recebera nem qualquer processo, não obstante o recibo de custódia e recebimento do bilhete tido como sorteado;

b) Por outro lado, também é inconteste à época da aposta em razão do sistema vigente que, se houvesse divergência quanto a inexatidão material do

número do sorteio jogado como fundamentado no v. acórdão recorrida, *vigia, á época*, uma *circular de regras normativas expedida pela CEF de número 60/1995*, juntada à fl. 25 que previa expressamente no *anexo II*, “- apostas à expensas do revendedor” que

item 1.9.1 – A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: concorre normalmente no concurso em que foi efetuada. Concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete.

Essas eram as regras impostas pela CEF ao concurso de loteria segundo o sistema *off-line* vigente à época –, *fazendo-se a chamada “virada” manualmente*, e que somente tempos depois foi ajustado para *on-line*, que previa em face de dúvida temporal, o participante concorreria nos dois concursos: o *primeiro*, pela aposta que pagou; o *segundo*, às expensas da agente lotérico, portanto do revendedor.

Todo o direito emergente dos fatos, calcados no v. acórdão do TRF-2 que em sede de embargos de declaração proveu a ação, leva à convicção de que o autor-recorrido efetivara a sua aposta no sorteio n. 0083, em 1º.11.1996 – confissão às fls. 61-62, entregara o bilhete para custódia no dia 13, porque o de n. 0084, somente ocorreria no dia seguinte.

E, antes mesmo do sorteio do Concurso n. 0084 já havia o recorrente apresentado à CEF, para custódia e pagamento o bilhete sorteado no Concurso n. 0083, assinado pela Caixa como recebido.

As circunstâncias confessas da CEF de que não havia processo, nem encontrou o bilhete havido como premiado, bem como sua renitência em cumprir as determinações judiciais de apresentá-los, leva a convicção do direito do autor-recorrido.

O sistema da CEF era falho.

As omissões administrativas de processamento do pedido de indenização são realidades.

A CEF através do seu advogado – fl. 61, anexo – afirmou que “o autor fez sua aposta em 1º.11.1996, portanto sob o sistema *off-line*...”.

Resta ressaltar, porque constante do v. acórdão dos embargos de declaração relatado pelo hoje eminente Ministro Benedito Gonçalves, fl. 354, sendo designado relator para o acórdão o em. Des. Federal Rogério Vieira de Carvalho, que foi acolhida a alegação de que o jogo efetuado pelo autor-recorrido referiu-se ao sorteio n. 0083, cabendo-lhe a indenização buscada. (fl. 378).

Com todo o respeito aos entendimentos contrários, penso que a solução jurídica aos recursos não deve ficar estritamente vinculada aos princípios doutrinários quanto à natureza de bilhete ao portador, portanto não nominativo, transferível por tradição.

Outros conceitos haveriam de ser considerados, posto que ajustados à discussão jurídica, porquanto nunca se cogitou de fraude, senão de interpretação em qual sorteio teria sido feita a aposta em razão dos elementos acolhidos pelo v. acórdão recorrido, certo de que “... todo ato interpretativo tem, necessariamente, de partir da própria legislação vigente. Esse princípio, afinal, revela a natureza dogmática do ponto de partida da hermenêutica jurídica”. (cfr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* “a criação do direito pela decisão judicial. Considerações iniciais” *in* Editora Forense, 2003, p. 9).

Por isso mesmo não vejo como ajustável ao caso *sub-examine* os v. acórdãos trazidos à colação pelo eminente relator, referentes às outras hipóteses.

No caso concreto, são elementos de convicção da procedência parcial do pedido inicial as seguintes realidades jurídicas, repete-se: a) afirma a CEF que a aposta foi efetuada no dia 1º.11.1996, na vigência do sorteio n. 0083; b) que o recibo de custódia foi entregue e recebido pela CEF no dia 13.11.1996, portanto antes do sorteio número 0084; c) Que a CEF não apresentou os documentos, não obstante notificada para o ato, afirmando-os inexistentes, até mesmo o processo administrativo: e) que à época vigia a chamada “virada manual” do sistema *off-line* e a Circular n. 60/1995, juntada à fl. 25 previa, expressamente, no *anexo II*, o seguinte procedimento para a situação em exame “- apostas às expensas do revendedor” que “item 1.9.1 – A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: concorre normalmente no concurso em que foi efetuada”. Concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete”.

Frise-se que o sistema de apuração, vigente àquela época, em face da sua peculiaridade, determinava que o apostador participaria dos dois sorteios: o **primeiro**, pela aposta paga: o **segundo**, como penalidade ao agente lotérico que cobriria o pagamento da segunda aposta.

Não há dúvida de que essa norma procedimental da Caixa Econômica Federal se ajusta aos fatos destes autos.

Por todas essas considerações, a decisão condenatória há de ser confirmada, **mas não o valor deferido**, em face da ponderação substancial suscitada pelo **Ministério Público Federal** em seu recurso especial, fl. 444, onde afirmou que

Se tivesse sido ganhador, o Concurso n. 083 da Supersena da CEF teria pago ao ganhador o prêmio de R\$ 10.357.697,77 (dez milhões, trezentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e noventa e sete reais e setenta e sete centavos).

Mandei verificar a realidade, ante a divergência do pedido inicial de quantia superior a 22 milhões de reais e a afirmação Ministerial.

Tem razão o d. Ministério Público Federal, posto que o prêmio a ser conferido ao ganhador do sorteio 0083 da supersena, confirmado pela CEF, é de R\$ 10.357.697,77 e não como o cobrado ao curso de toda a instrução processual, com omissões inaceitáveis dos procuradores da Caixa Econômica Federal na sua defesa.

Ainda que se possa conceder o direito à indenização, o valor a ser deferido não é o pedido na petição inicial, mas o valor concedido pelo sorteio de R\$ 10.357.697,77, decaindo a parte autora da metade do pedido formulado.

Por toda essas considerações, peço vênua para divergir do voto proferido pelo em. Relator, *provendo parcialmente o recurso do Ministério Público Federal confirmar o direito do autor ao recebimento do prêmio de **R\$ 10.357.697,77 (dez milhões, trezentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e noventa e sete reais e setenta e sete centavos)**, com as correções e juros moratórios pactuados pelo v. acórdão dos Embargos de Declaração com efeitos infringentes, deferido pelo TRF-2, mas **excluída** a verba de honorários advocatícios por haver o autor decaído da metade de sua pretensão, que se compensarão com aquelas devidas à Fazenda Pública Federal em face da atuação do Ministério Público Federal.*

Prejudicado o recurso da Caixa Econômica Federal.

RECURSO ESPECIAL N. 1.021.605-SP (2008/0004761-5)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Artur Construções e Empreendimentos Imobiliários Ltda e outro

Advogado: José Rogério Cruz e Tucci e outro(s)

Recorrido: Banco Santander Noroeste S/A

Advogada: Marta Mítico Valente e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil. Instituição financeira. Transferência entre contas correntes. Autorização verbal. Costume no relacionamento entre as partes. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Não comprovada conduta descrita na inicial. Prova única. Possibilidade. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ. Dissídio. Ausência de similitude fática entre os arestos confrontados.

1. O aresto recorrido não exige a comprovação da culpa da instituição financeira para lhe atribuir responsabilidade pelo evento danoso, porém entende não restar demonstrada a conduta a ela atribuída e, portanto, o nexo causal com o prejuízo afirmado pelo autor, razão pela qual não há que se falar em maltrato ao art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

2. O convencimento do magistrado baseado em prova única não significa terem as demais carecido de análise, mas sim que a eleita se sobrepôs a elas.

3. Não é possível o reexame do conjunto fático-probatório dos autos em sede de recurso especial, ainda que a pretexto da existência de erro de fato. Incide, no particular, a censura da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Não resta configurado o dissídio jurisprudencial nos casos em que os arestos trazidos a confronto não se assentam sobre a mesma base fática do acórdão recorrido.

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) votaram com o Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJe 1º.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Por *Artur Construções e Empreendimentos Imobiliários e Haroutiun Seferian* foi ajuizada ação de indenização contra o *Banco Santander Noroeste S.A.*, alegando, em apertada síntese, ter o réu efetuado a indevida transferência de valores de suas contas, resultando em um prejuízo de aproximadamente cinco milhões de reais.

A ação foi julgada parcialmente procedente (sentença às fls. 1.340-1.355), decisão mantida pela maioria dos componentes da Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em acórdão assim sintetizado:

Responsabilidade civil. Transferência indevida em contas correntes. Falta de cumprimento de instruções contidas no manual da instituição financeira, em consonância com diretrizes do Banco Central. Autorização verbal somente possível após termos de autorização, por escrito, do correntista titular da conta a débito. Responsabilidade do banco, ao teor do artigo 1.521, inciso III, do CC. Restituição (danos emergentes) e lucros cessantes devidos. Verba que não abrange valores transferidos para conta corrente inserida no termo após sua confecção, consistente em possível adulteração, pois a causa de pedir é diversa desta. Ônus da sucumbência recíproco, já que, apesar com valor econômico distinto, somente existentes dois pedidos. Ação parcialmente procedente. Recursos, dos autores e do bando - réu, improvidos, por maioria.

Prova. Juntada de documentos e apreensão de máquina de datilografia. Desnecessidade, eis que os documentos não possuem relação com o ponto controverso, existência de autorização para débito em conta corrente. A apreensão da máquina é desnecessária, porque a causa de pedir não se baseia em adulteração do termo de autorização. Agravo retido improvido, por maioria.

Prova. Indeferimento de perguntas em depoimento pessoal do co-autor. Pretensão de produção de provas indeferidas. Impossibilidade. Contradita de testemunha deferida. Ex-advogado do banco-réu. Manutenção da contradita. Agravo retido improvido, por maioria. (fls. 1.557)

Opostos embargos de declaração pelo banco réu, restaram rejeitados por maioria (fls. 1.605-1.617).

Vieram, então, embargos infringentes manejados pelo *Banco Santander Noroeste S.A.*, cujo processamento foi indeferido por decisão do relator (fl. 1.694). Interposto o agravo do art. 532 do Estatuto Processual, restou desprovido pela Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (fls. 1.748-1.750), acórdão anulado posteriormente, por ter sido desrespeitado o *quorum* exigido para o julgamento (fls. 1.774-1.775).

Renovado o julgamento, agora com a participação de cinco juízes, o agravo é provido (fls. 1.790-1.806), com o conseqüente processamento dos embargos infringentes, acolhidos por maioria, guardando a ementa o seguinte teor:

Embargos Infringentes. Responsabilidade Civil. Transferência entre contas correntes por ordem verbal. Prática confessada e reiterada. Inexigência do contrato ou autorização escrita. Conduta que se ajusta à vontade das partes. Contrato válido. Dano que se localiza após a transferência. Inexistência de ilicitude na conduta do banco. Nexo causal não reconhecido. Obrigação de indenizar afastada. Embargos acolhidos. Recurso provido. (fl. 1.880)

Vêm embargos de declaração de ambas as partes, acolhido somente o do Banco Santander Noroeste para fixar honorários advocatícios (fls. 1.920-1.922).

Em seqüência, desiste o Banco do recurso especial de fls. 1.925-1.959, em vista do acolhimento dos embargos infringentes (fl. 2.091).

Sobrevem, então, o recurso especial de *Artur Construções e Empreendimentos Imobiliários e outro*, com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual alegam maltrato aos arts. 131, 354 e 535, I e II, do Código de Processo Civil; ao art. 14 do Código de Defesa do Consumidor; ao art. 177 do Código Civil de 1916 e argumentam com dissídio jurisprudencial em relação a acórdãos desta Corte, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Assinalam os recorrentes, de início, padecer o aresto recorrido de omissão, porquanto não toma em conta o fato de ser objetiva a responsabilidade do banco recorrido. Além disso, não se pronuncia sobre o depoimento pessoal do autor em sua integralidade, ou sobre a incidência do disposto no art. 177 do Código Civil de 1916 à espécie.

Aduzem, por outro lado, que o aresto recorrido, ao exigir comprovação da culpa da entidade financeira, viola o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Afirmam, ainda, ser vedado ao julgador examinar apenas parte da prova, devendo se debruçar sobre todo o conjunto fático-probatório trazido aos autos. Assim, ao invés de considerar apenas parte do depoimento pessoal do autor, entendem que deveria o Tribunal de origem analisar as demais provas dos autos. Lembram que nem mesmo a confissão libera o julgador desse ônus. Asseveram, de outra parte, ter havido maltrato à norma que preconiza a indivisibilidade da confissão.

Mais não fosse, relatam ter a Corte Paulista incorrido em erro de fato ao concluir, diante da análise do depoimento pessoal do autor, usufruir sua filha de autorização para realizar transferências bancárias de forma verbal, circunstância jamais admitida em referida prova oral.

Por fim, assinalam que o Tribunal de origem inova em sede de prescrição ao entender que ao final de cada ano, ao realizar a declaração de ajuste do imposto de renda, o correntista não somente conhece, mas também concorda com a movimentação financeira efetivada pelos bancos. Apontam que o prazo para requerer indenização por eventuais perdas é de vinte anos e não de um ano, a vingar a tese da Corte Paulista.

Contra-razões às fls. 2.047-2.087. Afirma o recorrido, em resumo, que se algum prejuízo houve é de responsabilidade dos recorrentes, ressaltando agir apenas dentro dos padrões combinados com os clientes. Ressalta não ter sido atacado fundamento suficiente à manutenção do acórdão, consubstanciado na conclusão de que “o prejuízo não decorre das transferências, mas sim das fraudes praticadas pela filha do embargado, o que afasta o nexo causal entre o fato imputado ao embargante (Banco) e o resultado danoso”. Esclarece que, ao contrário do afirmado pelos recorrentes, os embargos de declaração opostos ao acórdão dos infringentes foram julgados por cinco juízes, não havendo que se falar em violação à determinação do Regimento Interno da Corte paulista. Assevera existirem diversas provas nos autos que confirmam deter a filha do autor poderes de administração da empresa recorrente. Aduz, por outro lado, que a indivisibilidade da confissão não se aplica ao juiz, que aprecia livremente a prova. Acusa estar os recorrentes se valendo de uso distorcido do instituto da prescrição, além de empregar argumento relativo à responsabilidade objetiva, questão jamais trazida a lume na presente demanda. Aponta, por fim, para a impossibilidade de conhecimento do recurso em face da incidência das vedações contidas nas Súmulas n. 5 e 7 desta Corte e 283 do Supremo Tribunal Federal.

Os autos ascenderam a esta Corte por força do provimento do AG n. 727.049-SP.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Colhe-se dos autos que, desde 1982, eram mantidas, pela empresa autora e por seu sócio majoritário, Haroutiun Seferian, diversas contas junto ao banco réu, contas pessoa jurídica e contas pessoa física. Posteriormente, foi aberta uma conta garantia com a finalidade de fazer a cobertura das demais contas, eventualmente em descoberto, sem a necessidade de desmobilizar aplicações. Em julho de 1995, as partes firmaram documento autorizando o banco a efetuar transferências da conta garantia para as demais contas dos autores, bem como para a da filha de Haroutiun, Denise.

Em junho de 1996, porém, Haroutiun teria percebido uma diferença de quase seis milhões de reais entre suas anotações pessoais relativas ao saldo das aplicações e o valor efetivamente depositado na instituição bancária. Daí ingressar com a presente ação, alegando terem sido feitas remessas indevidas pelo banco em favor de Denise, envolvida na fraude, e de terceira pessoa chamada Valdir.

A Corte de origem, no julgamento dos embargos infringentes, conclui terem sido as transferências questionadas autorizadas verbalmente, praxe adotada entre as partes, consoante teria confessado o autor em seu depoimento pessoal, não sendo possível responsabilizar o banco por ter realizado a movimentação financeira sem autorização por escrito, conquanto seja esse o procedimento padrão.

Feito esse breve apanhado, passo ao exame do especial.

Sustentam os recorrentes, de início, haver omissão no julgado em relação às seguintes questões:

- (a) ser a responsabilidade do banco objetiva;
- (b) não ter sido o depoimento pessoal do autor avaliado em sua integralidade, e
- (c) estar sendo desrespeitado, de maneira transversa, o prazo prescricional vintenário.

Do exame do julgado, porém, não se constata os alegados vícios. Com efeito, a responsabilidade objetiva se finca em três pilares: conduta, nexos de causalidade e resultado. No caso dos autos, o Tribunal conclui pela ausência de conduta e não de culpa da instituição financeira, como se verá melhor adiante, razão pela qual não seria exigível tratar da questão sob esse enfoque.

Vale esclarecer, por outro lado, que vigora no processo civil o princípio da persuasão racional, segundo o qual o juiz apreciará livremente a prova colhida para formar sua convicção, devendo, porém, indicar os motivos que o levaram à conclusão firmada. No caso em comento, a Corte paulista, avaliando soberanamente o conjunto fático-probatório dos autos, adota o entendimento de que foram autorizadas verbalmente as transferências bancárias questionadas, apontando o depoimento pessoal do autor como suporte para suas conclusões, restando, portanto, atendido o imperativo da motivação.

Nesse passo, não caracteriza omissão o fato de a Corte não se manifestar sobre todo o conteúdo do depoimento, com o que vai prejudicada a tese de maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, no particular.

Por outro lado, no que respeita à aventada omissão acerca da prescrição, algumas ponderações parecem relevantes. Sustentam os recorrentes ter a Corte de origem reduzido o prazo prescricional de vinte anos para um ano ao afirmar “que as transferências foram realizadas ao longo dos anos de 1993 e 1996, o que torna impossível a alegação de desconhecimento da movimentação financeira, pois necessária e indispensável sua análise, ao final de cada ano, para o ajuste relativo ao imposto de renda” (fl. 1.882).

É de se ver, porém, que a imediata ciência acerca de eventuais desfalques financeiros não obsta seja a ação de indenização proposta no prazo de vinte anos, entretanto, muito provavelmente, será cogitada a razão pela qual o ressarcimento do prejuízo não foi buscado desde logo. Esse questionamento em nada interfere no prazo prescricional, razão pela qual não era mesmo de se exigir que a Corte de origem se pronunciasse sobre a matéria contida no art. 177 do Código Civil de 1916.

Ademais, sem pertinência o dissenso no que diz respeito à letra do art. 535 do Código de Processo Civil, pois o exame e debate acerca de eventual maltrato dessa norma legal reclama a apreciação das particularidades de cada caso, impedindo a demonstração da divergência em virtude da diversidade das hipóteses colocadas em confronto.

Vencida a preliminar, passo ao exame do mérito.

Sustentam os recorrentes não ser exigível prova da culpa da instituição financeira para se lhe imputar responsabilidade pelos desvios de dinheiro em vista do disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Apesar disso, o Tribunal paulista teria entendido de modo diverso, exigindo prova da conduta culposa do recorrido.

Não creio que o acórdão recorrido esteja fincado na exigência da comprovação da culpa para eximir o banco recorrido do dever de indenizar. Com efeito, para caracterização da responsabilidade objetiva é necessário que se comprove a conduta do agente e seu nexo de causalidade com o resultado danoso, sem que se cogite de culpa ou dolo. Assim, ao se aplicar a teoria da responsabilidade objetiva ao caso em comento, o que se exigiria dos autores é a prova da conduta, isto é, da realização de transferências financeiras sem autorização do titular das contas, e seu nexo de causalidade com o resultado, qual seja, com o prejuízo experimentado pelo cliente. No entender da Corte paulista, porém, não restou comprovada a conduta lesiva, porquanto as transferências teriam sido efetivadas mediante autorização, remontando o prejuízo experimentado pelos recorrentes às fraudes perpetradas pela filha do autor. Assim, sob o enfoque da teoria da responsabilidade objetiva nada haveria a reparar no aresto recorrido, do qual transcrevo o seguinte trecho, para melhor compreensão do tema, *verbis*:

Daí porque, não vislumbrando conduta que pudesse ser imputada ao banco, vez que o prejuízo decorre não das transferências, mas sim das fraudes praticadas pela filha do embargado, o que afasta o nexo causal entre o fato imputado ao embargante e o resultado danoso, pelo meu voto, e sempre respeitando o douto entendimento dos ilustres juízes relator e revisor, acolho os embargos para inverter o julgado, na esteira do voto do eminente Juiz Marciano da Fonseca, prejudicada a análise da matéria acessória da condenação (item 4 dos embargos). (fl. 1.883 - grifo nosso)

Aduzem os recorrentes, por outro lado, que o depoimento pessoal do autor foi o único meio de prova a embasar o acolhimento dos infringentes, o que acarretaria maltrato ao art. 131 do Estatuto Processual, porquanto o magistrado, apesar de poder avaliar livremente a prova dos autos, deve atentar para todo o seu conjunto.

Como referido alhures, o juiz está obrigado a expor as razões de seu convencimento, mas não é exigível que se manifeste, uma a uma, sobre todas as provas trazidas aos autos. Ademais, o convencimento baseado em prova única não significa terem as demais carecido de análise, mas tão-somente que a eleita se sobrepôs às demais.

De todo modo, a confissão não foi o único fundamento para a decisão recorrida, consoante se colhe do seguinte trecho do julgado, *verbis*:

Some-se, a confissão constatada nos autos, o fato de que as transferências foram realizadas ao longo dos anos de 1993 e 1996, o que torna impossível a alegação de desconhecimento da movimentação financeira, pois necessária e indispensável sua análise, ao final de cada ano, para o ajuste relativo ao imposto de renda. (fl. 1.882).

De outra parte, em relação ao art. 354 do Código de Processo Civil, não especificam os recorrentes as razões pelas quais referido dispositivo legal teria sido violado (fl. 1.977), o que atrai a incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal. Cumpre assinalar, de todo modo, que a confissão pode estar inserta em apenas um trecho do depoimento e a regra da indivisibilidade se dirige às partes.

No que respeita à existência de erro de fato no aresto recorrido, “visto que do que se depreende do depoimento pessoal do co-autor é que o mesmo nunca afirmou que sua filha tinha autorização para realizar transferências, muito menos por ordem verbal!” (fl. 1.979), verifica-se que os recorrentes intencionam, na realidade, o reexame das provas dos autos de modo a que sejam afastadas as conclusões consignadas no aresto recorrido, providência que encontra óbice na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso especial. Erro de fato. Inexistência. Pretensão de reexame.

1. *Erro, corrigível a qualquer tempo, é o decorrente de equívoco evidente, de erro datilográfico, aritmético, perceptível primus ictus oculi, porque se grafou idéia ou juízo diverso daquele pretendido, em nada se identificando com a pretensão de ver interpretados de forma diversa de como o foram no deslinde da questão federal, pelo órgão julgador, dispositivos de lei aplicáveis, que outra coisa não é que nítida pretensão de reexame meritório do decimum.*

2. Não há erro qualquer na decisão que, de modo suficientemente claro e fundamentado, decide que é devido o reajuste de 28,86% sobre a RAV, desde que a retribuição passou a ser paga em valor fixo, nos termos da Medida Provisória n. 831/1995, salvo no que já houver sido utilizado na sua base de cálculo, pena de *bis in idem*, consoante reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

3. A pretensão de reexame da matéria que se constitui em objeto do *decimum* à luz dos argumentos reinvocados, na busca de decisão infringente, é estranha ao âmbito de cabimento dos embargos declaratórios, definido no artigo 535 do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AgRg no REsp n. 425.050-RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe 07.04.2008)

Quanto ao tema da prescrição, nada mais há a acrescentar além do quanto dito em preliminar.

Por fim, no que diz com o dissídio jurisprudencial, os acórdãos trazidos a confronto não se assentam sobre a mesma base fática do aresto recorrido.

Com efeito, no primeiro acórdão proveniente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Apelação Cível n. 1998.01.1.036845-5), resta consignado não ter havido autorização para transferência da conta do titular para a de sua esposa (fl. 2.007), enquanto no caso dos autos teria havido autorização verbal, procedimento rotineiramente adotado entre as partes e, nesse contexto, tido por suficiente para afastar a necessidade de permissão por escrito.

Do mesmo modo, o aresto do Tribunal maranhense cuida de hipótese em que a conta pertence a pessoa física, sendo o titular o único autorizado a realizar movimentações, não se cogitando, ademais, da existência de permissão verbal para o banco efetuar transações. O caso em comento, entretanto, retrata hipótese na qual há contas pessoa física e contas pessoa jurídica, sendo essas últimas movimentadas também pela filha do autor, na qualidade de administradora da empresa, que deteria autorização expressa para esse fim, além de haver permissão escrita e verbal para o banco realizar movimentações entre as contas (fl. 1.882).

No segundo paradigma oriundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, consta terem as transferências se dado para conta corrente de terceiro sem permissão verbal ou escrita, enquanto na hipótese dos autos, as transferências teriam sido autorizadas, ainda que por meio verbal, prática comum, consoante já afirmado, no relacionamento das partes.

Cuida o julgado carioca, a seu turno, de transferência em que um titular requer o retorno de valores anteriormente depositados em conta de terceiro, movimentação efetivada pela instituição financeira sem consulta a esse terceiro referido. Assim, conquanto esteja consignado no aresto que “o dinheiro do correntista, depositado em banco, não está sujeito, sob pena de falência da credibilidade do sistema, em ser retirado, sem que haja documento expresso, cheque ou autorização assinada pelo próprio ou quem legalmente tenha poderes” (fl. 2.032), não se cogita nesse acórdão, assim como nos anteriores, da peculiaridade que marca o presente caso, qual seja, a rotineira concessão

de autorização verbal para a movimentação das contas do titular, fator preponderante para o afastamento da necessidade de permissão por escrito.

Não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.068.836-RJ (2008/0135139-0)

Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP)

Recorrente: T T

Advogado: Carmen Villaronga Fontenelle e outro(s)

Recorrido: R S de M

Advogado: Ronaldo Ferreira Aragão Sardinha e outro(s)

EMENTA

Direito de Família e Processual Civil. Recurso especial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Ausência injustificada do réu. Presunção de paternidade. Falta de provas indiciárias.

1. “Apesar da Súmula n. 301-STJ ter feito referência à presunção *juris tantum* de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudenciais que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai.” (REsp n. 692.242-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 12.09.2005).

2. *In casu*, o Apelado foi registrado civilmente, constando o nome do seu genitor no assento do nascimento. Durante 36 anos acreditou ser aquele que lá figurava o seu verdadeiro pai e na condição de seu filho biológico foi criado, tratado e amado. Após sua morte, a mãe contou-lhe que o Réu era o pai biológico.

3. Pensamento contrário ao sufragado pela jurisprudência desta Corte geraria situações em que qualquer homem estaria sujeito a ações

temerárias, quiçá fraudulentas, pelas quais incautos encontrariam caminho fácil para a riqueza, principalmente, se o investigado é detentor de uma boa situação material.

4. Recurso especial *conhecido e provido*, a fim de julgar improcedente o pedido lançado na exordial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, acompanhando os votos dos Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), relator, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, e o voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, no mesmo sentido, acordam os Senhores Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 18 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Relator

DJe 19.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP): Trata-se de recurso especial interposto por T. T., com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição de 1988, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nesses termos ementado (fls. 218-224):

Apelação cível. Ação de investigação de paternidade.

Recusa do réu a submeter-se ao exame sob o método do DNA. Justificativa que não se coaduna com necessidade da busca da verdade real. Presunção legal de paternidade que autoriza a procedência do pedido.

Súmula n. 301 do STJ e arts. 231 e 232 do Código Civil. Desprovemento do recurso, por maioria de votos. Vencido o Desembargador Relator que lhe dava provimento. (fl. 218)

Alega o recorrente – suposto pai – violação aos arts. 231 e 232 do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial.

Aduz, em síntese, que não existe nos autos prova alguma, ainda que mínima, do relacionamento entre a mãe do investigante e o seu suposto pai, motivo pelo qual não pode ser estabelecido um vínculo biológico presumido entre ambos, sob pena violação ao princípio da segurança jurídica.

O recorrido apresentou contra-razões.

Admitido o recurso, pela alínea c, subiram os autos a este Superior Tribunal.

Às fls. 291-295, consta parecer do Ministério Público Federal, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) (Relator): *Prima facie*, deve ser afastada a incidência da Súmula n. 207-STJ, pois embora o acórdão tenha sido lavrado, por maioria de votos, não se poderia exigir a interposição dos embargos infringentes, tendo em vista a nova redação do *art. 530, do CPC*, sobre o tema quando não mais admite os Embargos infringentes *quando o acórdão, ainda que por maioria, mantém a sentença recorrida*.

No caso em exame, o v. acórdão manteve a sentença de procedência do pedido formulado na exordial, vencido o relator, o que não descaracteriza a impossibilidade desta espécie de recurso.

Quanto ao argumento de se fazer incidir a Súmula n. 7-STJ, à espécie, o mesmo não merece prosperar, pois a questão está adstrita a saber se o Enunciado n. 301-STJ gera presunção relativa ou absoluta. Ademais, casos como o presente devem ser analisados sopesando-se a valoração da prova produzida na origem.

Não se revolve o acervo fático-probatório. Simplesmente dá-se uma aplicação jurídica em conformidade ou diversa da adotada pela corte originária.

Neste particular, adianto que o recurso merece prosperar, tendo em vista os fundamentos que serão minuciosamente apresentados.

Inicialmente, faço lembrar o enunciado contido na Súmula n. 301-STJ, *in verbis*:

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

Compulsando-se os autos, verifica-se que ***o presente caso guarda especial particularidade***, conforme bem ressaltou o Ministério Público Federal, em seu erudito parecer de fls. 291-295, assim sintetizado:

Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Recusa de realização do exame de DNA.

“Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se a exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.” (Súmula n. 301-STJ).

- “Apesar da Súmula n. 301-STJ ter feito referência à presunção *juris tantum* de paternidade na hipótese recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, ***os precedentes jurisprudenciais que sustentam o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai.***” (Precedentes).

- Parecer pelo conhecimento e provimento do Recurso Especial. (fl. 291)

Em acréscimo, merece aplausos o raciocínio esposado no voto vencido, da lavra do Exmo. Sr. Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo, em face da percuciente ao análise da *quaestio iuris*, ocasião em sintetizou sua fundamentação aos exatos termos, *in verbis*:

Investigação de paternidade negativa do réu em submeter-se ao exame de D.N.A. Presunção relativa.

O Apelado foi registrado civilmente, constando o nome do seu genitor no assento do nascimento. Durante 36 anos acreditou ser aquele que lá figurava o seu verdadeiro pai e na condição de seu filho biológico foi criado, tratado e amado. Após sua morte, a mãe contou-lhe que o Réu era o pai biológico.

O Apelante se recusou a submeter-se à perícia de DNA e, por isso, o juiz julgou procedente o pedido.

Embora o art. 232 do CCi. e a Súm. n. 301 do STJ admitam a presunção relativa de paternidade para aqueles que se furtam ao referido exame, é necessário que haja um conjunto probatório mínimo, que sustente os fatos, e como não há nestes autos, outra alternativa não se tem, senão rever a sentença, para julgar improcedente o pedido.

A ser diferente, qualquer um estaria sujeito a ações temerárias, quiçá fraudulentas, pelas quais incautos encontrariam caminho fácil para a riqueza, principalmente, se o investigado é detentor de uma boa situação material.

Voto vencido (fl. 221).

Pela simples leitura dos excertos transcritos, verifica-se que restaram violados os artigos 231 e 232 do Código de Processo Civil, tendo em vista que a decisão da Corte de origem está em dissonância com o disposto nos referidos artigos, especialmente, **em face de não existir qualquer prova ou indício apresentado na exordial, a fim de robustecer a presunção relativa, de modo julgar procedente o pedido inicial.**

Ainda sobre o tema, a jurisprudência pacífica desta Corte entende que a recusa do investigado em realizar exame de DNA, tomada como elemento de prova contra o mesmo, pela presunção de que a assertiva da parte autora está correta, depende, obrigatoriamente, **de um mínimo de prova indiciária de que houve envolvimento íntimo entre o pretense genitor e a genitora.**

Em síntese, **não se pode imprimir à negativa do exame de DNA o caráter de presunção absoluta, especialmente quando não for ofertada nenhuma prova favorável a(o) autor(a).** Nesse sentido, segue o seguinte precedente:

Direito de Família e Processual Civil. Recurso especial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Ausência injustificada do réu. Presunção de paternidade. Falta de provas indiciárias.

- O não comparecimento, injustificado, do réu para realizar o exame de DNA equipara-se à recusa.

- Apesar da Súmula n. 301-STJ ter feito referência à presunção juris tantum de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudenciais que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai.

Recurso especial conhecido e provido. (3ª Turma, REsp n. 692.242-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJU de 12.09.2005).

In casu, verifica-se o grau de acerto do voto vencido ao fundamentar:

Ora, não é aceitável que alguém que tenha se relacionado com outrem, de cuja relação houve um nascimento, não tenha um mínimo de prova capaz de robustecer a versão. Um depoimento, um documento, uma carta, um bilhete, uma foto, um presente - nada, absolutamente nada existe.

Por outro lado, até se compreende que um homem, que nunca tomou conhecimento da existência de um filho, se surpreenda com uma ação na qual alguém que lhe é absolutamente desconhecido, um dia se apresenta como seu filho, dizendo que sua mãe lhe confessou o fato após a morte do pai registral.

Penso que realmente é difícil aceitar um exame de DNA nestas circunstâncias, mormente quando já se tem uma família constituída e quando não se tem qualquer referência sobre o fato.

O grande erro, se verdadeiros os fatos, cometeu a genitora do Apelado, omitindo-lhe a verdade e deixando que outrem o registrasse, na crença de ser seu filho biológico, a quem deu amor, carinho e garantia material.

Admitir a procedência pura e simplesmente porque o Réu não compareceu ao exame de DNA, sem qualquer outro elemento probatório fático auxiliar e indicativo da veracidade dos fatos, descartando o registro civil legitimamente injusto. Seria transferir para o Apelante a culpa de um erro que, se existiu, foi cometido pela mãe do autor (fls. 222-223).

Por fim, vale ressaltar que o Ministério Público seja o Estadual (em duas oportunidades), seja o Federal (fls. 291-295), à unanimidade opinaram pela improcedência do pedido lançado na exordial, ocasião em que adotaram o mesmo raciocínio da jurisprudência desta Corte, conforme transcrito no precedente da Terceira Turma.

Ante o exposto, ***conheço e dou provimento*** ao recurso especial, a fim de julgar improcedente o pedido lançado na exordial, invertendo o ônus da sucumbência.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, inclusive, um dos meus precedentes foi citado da tribuna.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Trata-se na origem de ação de investigação de paternidade proposta por R.S.M. contra T.T.

A inicial informa que R.S.M. - à época do ajuizamento da ação, com 36 anos de idade -, embora tenha sido registrado por outro pai, apenas após o falecimento deste é que foi informado por sua mãe que o réu era seu pai biológico.

Diante da recusa do réu em se submeter aos exames de DNA, a sentença julgou procedente o pedido, entendimento que foi mantido pelo acórdão recorrido, assim ementado (fl. 218):

Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Recusa do réu a submeter-se ao exame sob o método do DNA. Justificativa que não se coaduna com a necessidade da verdade real. Presunção legal de paternidade que autoriza a procedência do pedido. Súmula n. 301 do STJ e artigos 231 e 232 do Código Civil. Desprovimento do recurso, por maioria de votos. Vencido o Desembargador Relator que lhe dava provimento.

Nas razões do especial, alega o recorrente dissídio jurisprudencial. Requer o provimento do recurso “para que a paternidade alegada seja afastada face a total ausência de provas”.

Contrarrazões às fls. 273-275.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo provimento do recurso, afirmando que “a petição inicial não foi instruída com uma única e solitária prova de que o recorrente poderia ser o pai biológico do recorrido; ao contrário, consta dos autos a certidão de nascimento de fl. 11, documento que faz prova plena de que o recorrido é filho de Luiz Carlos Nunes de Mattos” (fls. 291-295).

Após o voto do eminente Relator, Ministro Honildo Amaral, que dava provimento ao recurso, e dos eminentes Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho, que o acompanharam, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

2. Também acompanho o voto do eminente Relator.

Inicialmente, cumpre registrar ser dever das partes colaborar com a Justiça, mormente em se tratando dos interesses envolvidos numa ação de investigação de paternidade em que determinada a produção de exame de DNA.

Tanto é assim que a recusa a tal procedimento ensejou a edição da Súmula n. 301 do STJ, do seguinte teor: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Todavia, como se trata de presunção relativa, de fato é necessária uma prova mínima que corrobore com a tese alegada pelo autor, prova esta ausente no caso em questão. Nesse sentido, o REsp n. 692.242-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 12.09.2005.

Não consta dos autos qualquer indício que seja, tanto por meio de prova documentária ou testemunhal, que ampare a pretensão do autor.

Além disso, o recorrido foi registrado por outro pai, inexistindo elementos que demonstrem o vício no registro, e por ele criado durante toda sua vida. Cabe aqui ressaltar que o autor nem sequer sustentou que o falecido pai deixou de cumprir com os deveres resultantes da paternidade enquanto era vivo.

Quanto à alegação da inicial de que “somente após o falecimento do pai de criação do investigante, que também não tinha conhecimento de que o autor não era seu filho biológico, é que a genitora do mesmo informou que seu verdadeiro pai, ou seja, o biológico, era outro, qual seja, o investigado”, vale registrar que, entre o falecimento do pai, em 10 de dezembro de 1980 (fl. 45), até o ajuizamento da ação, em 1º de fevereiro de 2005, passaram-se quase 25 anos. Dessa maneira, é no mínimo de se estranhar que a mãe tenha demorado tanto tempo para dizer ao filho sua real filiação, principalmente se o motivo do silêncio foi ocultar do marido a circunstância de não ser ele o verdadeiro pai.

Desse modo, diante da excepcionalidade do caso, e acompanhando o eminente Relator, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido.

É como voto.