



Súmula n. 563

SÚMULA N. 563

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas.

Referências:

LC n. 109/2001, arts. 4º e 34, I.

CDC, arts. 2º e 3º, § 2º.

Lei n. 6.435/1977, art. 4º, II e § 1º, revogada.

Precedentes:

AgRg no AREsp 504.022-SC (2ª S, 10.09.2014 – DJe 30.09.2014)

REsp 1.536.786-MG (2ª S, 26.08.2015 – DJe 20.10.2015)
– acórdão publicado na íntegra

REsp 1.421.951-SE (3ª T, 25.11.2014 – DJe 19.12.2014)

AgRg no

AgRg no REsp 1.483.876-SE (3ª T, 14.04.2015 – DJe 05.05.2015)

REsp 1.443.304-SE (3ª T, 26.05.2015 – DJe 02.06.2015)

REsp 1.431.273-SE (3ª T, 09.06.2015 – DJe 18.06.2015)

Segunda Seção, em 24.2.2016

DJe 29.2.2016

Observação: A Segunda Seção, na sessão de 24 de fevereiro de 2016, determinou o cancelamento da Súmula n. 321-STJ.

RECURSO ESPECIAL N. 1.536.786-MG (2015/0082376-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social - VALIA

Advogados: Fábio Augusto Junqueira de Carvalho

Maria Ines Caldeira Pereira da Silva Murgel e outro(s)

Adacir Reis

Arlyson George Gann Horta

Recorrido: Johnson Candido Pereira

Advogado: Elcio Rocha Gomes e outro(s)

Interes.: Vale S.A

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. JULGAMENTO AFETADO À SEGUNDA SEÇÃO PARA PACIFICAÇÃO ACERCA DA CORRETA EXEGESE DA SÚMULA 321/STJ. INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DA ENTIDADE PREVIDENCIÁRIA (ABERTA OU FECHADA) ADMINISTRADORA DO PLANO DE BENEFÍCIOS, DEVEM SER SEMPRE OBSERVADAS AS NORMAS ESPECIAIS QUE REGEM A RELAÇÃO CONTRATUAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, NOTADAMENTE O DISPOSTO NO ART. 202 DA CF E NAS LEIS COMPLEMENTARES N. 108 E 109, AMBAS DO ANO DE 2001. HÁ DIFERENÇAS SENSÍVEIS E MARCANTES ENTRE AS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA E FECHADA. EMBORA AMBAS EXERÇAM ATIVIDADE ECONÔMICA, APENAS AS ABERTAS OPERAM EM REGIME DE MERCADO, PODEM AUFERIR LUCRO DAS CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS PELOS PARTICIPANTES, NÃO HAVENDO TAMBÉM NENHUMA IMPOSIÇÃO LEGAL DE PARTICIPAÇÃO DE PARTICIPANTES E ASSISTIDOS, SEJA NO TOCANTE À GESTÃO DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS, SEJA AINDA DA PRÓPRIA ENTIDADE. NO TOCANTE ÀS ENTIDADES FECHADAS, CONTUDO,

POR FORÇA DE LEI, SÃO ORGANIZADAS SOB A FORMA DE FUNDAÇÃO OU SOCIEDADE SIMPLES, SEM FINS LUCRATIVOS, HAVENDO UM CLARO MUTUALISMO ENTRE A COLETIVIDADE INTEGRANTE DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADOS POR ESSAS ENTIDADES, QUE SÃO PROTAGONISTAS DA GESTÃO DA ENTIDADE E DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS. AS REGRAS DO CÓDIGO CONSUMERISTA, MESMO EM SITUAÇÕES QUE NÃO SEJAM REGULAMENTADAS PELA LEGISLAÇÃO ESPECIAL, NÃO SE APLICAM ÀS RELAÇÕES DE DIREITO CIVIL ENVOLVENDO PARTICIPANTES E/OU BENEFICIÁRIOS E ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADAS. EM VISTA DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ, A SÚMULA 321/STJ RESTRINGE-SE AOS CASOS A ENVOLVER ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. COMO O CDC NÃO INCIDE AO CASO, O FORO COMPETENTE PARA JULGAMENTO DE AÇÕES A ENVOLVER ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA FECHADA NÃO É DISCIPLINADO PELO DIPLOMA CONSUMERISTA. TODAVIA, NO CASO DOS PLANOS INSTITUÍDOS POR PATROCINADOR, É POSSÍVEL AO PARTICIPANTE OU ASSISTIDO AJUIZAR AÇÃO NO FORO DO LOCAL ONDE LABORA(OU) PARA O INSTITUIDOR. SOLUÇÃO QUE SE EXTRAÍ DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

1. Por um lado, o conceito de consumidor foi construído sob ótica objetiva, porquanto voltada para o ato de retirar o produto ou serviço do mercado, na condição de seu destinatário final. Por outro lado, avulta do art. 3º, § 2º, do CDC que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de prestação de serviços, compreendido como “atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração” - inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária -, salvo as de caráter trabalhista.

2. Há diferenças sensíveis e marcantes entre as entidades de previdência privada aberta e fechada. Embora ambas exerçam atividade econômica, apenas as abertas operam em regime de mercado, podem

auferir lucro das contribuições vertidas pelos participantes (proveito econômico), não havendo também nenhuma imposição legal de participação de participantes e assistidos, seja no tocante à gestão dos planos de benefícios, seja ainda da própria entidade. Não há intuito exclusivamente protetivo-previdenciário.

3. Nesse passo, conforme disposto no art. 36 da Lei Complementar n. 109/2001, as entidades abertas de previdência complementar, equiparadas por lei às instituições financeiras, são constituídas unicamente sob a forma de sociedade anônima. Elas, salvo as instituídas antes da mencionada lei, têm, pois, necessariamente, finalidade lucrativa e são formadas por instituições financeiras e seguradoras, autorizadas e fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados - Susep, vinculada ao Ministério da Fazenda, tendo por órgão regulador o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP.

4. É nítido que as relações contratuais entre as entidades abertas de previdência complementar e participantes e assistidos de seus planos de benefícios - claramente vulneráveis - são relações de mercado, com existência de legítimo auferimento de proveito econômico por parte da administradora do plano de benefícios, caracterizando-se genuína relação de consumo.

5. No tocante às entidades fechadas, o artigo 34, I, da Lei Complementar n. 109/2001 deixa límpido que “apenas” administram os planos, havendo, conforme dispõe o art. 35 da Lei Complementar n. 109/2001, gestão compartilhada entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores nos conselhos deliberativo (órgão máximo da estrutura organizacional) e fiscal (órgão de controle interno). Ademais, os valores alocados ao fundo comum obtido, na verdade, pertencem aos participantes e beneficiários do plano, existindo explícito mecanismo de solidariedade, de modo que todo excedente do fundo de pensão é aproveitado em favor de seus próprios integrantes.

6. Com efeito, o art. 20 da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que o resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à

constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das reservas matemáticas. Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será estabelecida reserva especial para revisão do plano de benefícios que, se não utilizada por três exercícios consecutivos, determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios.

7. As regras do Código Consumerista, mesmo em situações que não sejam regulamentadas pela legislação especial, não se aplicam às relações de direito civil envolvendo participantes e/ou assistidos de planos de benefícios e entidades de previdência complementar fechadas. Assim deve ser interpretada a Súmula 321/STJ, que continua válida, restrita aos casos a envolver entidades abertas de previdência.

8. O art. 16 da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que os planos de benefícios sejam oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores. O dispositivo impõe uma necessidade de observância, por parte da entidade fechada de previdência complementar, de uma igualdade material entre os empregados do patrocinador, de modo que todos possam aderir e fruir dos planos de benefícios oferecidos que, por conseguinte, devem ser acessíveis aos participantes empregados da patrocinadora, ainda que laborem em domicílios diversos ao da entidade.

9. Dessarte, a possibilidade de o participante ou assistido poder ajuizar ação no foro do local onde labora(ou) para a patrocinadora não pode ser menosprezada, inclusive para garantir um equilíbrio e isonomia entre os participantes que laboram no mesmo foro da sede da entidade e os demais, pois o participante não tem nem mesmo a possibilidade, até que ocorra o rompimento do vínculo trabalhista com o instituidor, de proceder ao resgate ou à portabilidade.

10. À luz da legislação de regência do contrato previdenciário, é possível ao participante e/ou assistido de plano de benefícios patrocinado ajuizar ação em face da entidade de previdência privada no foro de domicílio da ré, no eventual foro de eleição ou mesmo no foro onde labora(ou) para a patrocinadora.

11. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Marco Buzzi dando provimento ao recurso especial e a retificação de voto do Sr. Ministro Relator para dar provimento ao recurso especial, a Segunda Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi (voto-vista), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2015 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 20.10.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Johnson Cândido Pereira ajuizou reclamação trabalhista em face da Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social - Valia e da Vale S.A afirmando ser ex-empregado da Vale e que a entidade de previdência ré “não cumpriu a regra de seu regulamento, que assegura ao benefício pago pela Valia a paridade com os reajustes praticados pelo INSS, como deflui dos termos desse regulamento”.

O Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Governador Valadares, por entender que a demanda versa sobre relação previdenciária complementar, declinou da competência, determinando a remessa dos autos ao foro da justiça comum estadual da Comarca de Governador Valadares.

O Juízo da 2ª Vara Cível de Governador Valadares, ao qual foi redistribuída a ação, por seu turno, prolatou decisão - com base no Código de Defesa do Consumidor - perfilhando o entendimento de que, como o autor é residente e domiciliado no Município de Vila Velha - embora as rés tenham domicílio no Rio de Janeiro -, determinou a remessa dos autos para aquela Comarca, ao fundamento de que a competência do foro do domicílio do consumidor é absoluta (fls. 31-33).

Interpôs a entidade de previdência privada agravo de instrumento para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, confirmando a decisão monocrática do relator na origem, negou provimento ao recurso.

A decisão tem a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL - NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO - ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - SÚMULA 321, DO STJ - APLICABILIDADE DO CDC - RELAÇÃO DE CONSUMO - COMPETÊNCIA ABSOLUTA - DEMANDA AJUIZADA PELO CONSUMIDOR - DECLINAÇÃO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE.

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes, conforme súmula 321 do STJ.

A competência absoluta, como se dá quando a relação é de consumo, pode ser declinada de ofício pelo juiz.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Interpôs a entidade de previdência privada recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, sustentando divergência jurisprudencial e violação aos arts. 2º e 3º do CDC e 111 e 112 do CPC, além de negativa de vigência à Lei Complementar n. 109/2001.

Afirma que o Tribunal local equivocadamente confunde entidades abertas com as fechadas de previdência complementar, todavia, apenas as primeiras visam ao lucro e oferecem produtos no mercado de consumo.

Aduz que os participantes das entidades fechadas são pessoas físicas, com identidade de grupo - trabalhista ou associativo -, obrigatoriamente vinculadas ao regime geral de previdência social, que optaram por aderir a um plano de benefícios de previdência privada.

Pondera que as entidades fechadas são administradas paritariamente, pois nos seus conselhos deliberativo e fiscal há representantes da empresa patrocinadora e dos participantes e assistidos, conforme o art. 35 da Lei Complementar n. 109/2001.

Assevera que a relação é multipolar ou associativa, pois o enfoque está na cooperação, em parceria para atingir o fim comum, por meio de esforço contributivo dos participantes e patrocinadores para formação do suporte prévio e necessário de custeio para formação de reservas previdenciárias (princípio do mutualismo ou da solidariedade).

Obtempera não auferir lucro, direto ou indireto, ou qualquer vantagem financeira, pois todo o montante de recursos administrados tem por destino pagar os benefícios contratualmente previstos.

Argumenta que, portanto, não há relação de consumo, pois os benefícios não podem ser comercializados no mercado, são destinados a grupo limitado e determinado de empregados das patrocinadoras - participantes também responsáveis pelo sucesso ou fracasso do fundo de pensão -, tal como nas cooperativas.

Não houve oferecimento de contrarrazões.

O recurso especial não foi admitido na origem.

Em decisão monocrática, inicialmente neguei seguimento ao recurso especial. No entanto, reconhecendo a dispersão jurisprudencial entre as Turmas de direito privado apontada no agravo regimental interposto pela entidade de previdência privada, notadamente quanto à aplicação ou não das regras do Código de Defesa do Consumidor aos participantes/beneficiários de fundos de previdência fechados, apresentei à Quarta Turma o voto - acolhido pelo Colegiado - propondo provimento do recurso para determinar a conversão do agravo em recurso especial, afetando-o à julgamento da Segunda Seção, para prevenir divergência *interna corporis*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Inicialmente, é bem de ver que, no âmbito da Segunda Seção, há mesmo divergência acerca da principal controvérsia instalada nos presentes autos, tendo as Turmas de direito privado se manifestado recentemente a respeito.

Confirmam-se os julgados, num sentido e no outro:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. PATROCINADOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA SUPLEMENTAR. REQUISITOS. CESSAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ADESÃO AO PLANO DE BENEFÍCIOS. CONDIÇÃO INEXISTENTE. DIREITO ADQUIRIDO. AFASTAMENTO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. EXIGÊNCIA INSTITUÍDA POR LEI. CARÁTER COGENTE. NORMAS

APLICÁVEIS AO TEMPO DO CUMPRIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO.

[...]

3. *O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável à relação jurídica existente entre o participante e a entidade fechada de previdência privada. Necessidade de revisão do teor da Súmula n. 321 desta Corte, para restringir a sua aplicabilidade às entidades abertas de previdência privada.*

4. No tocante ao regime de previdência privada complementar, é pacífica a orientação desta Corte de que o direito adquirido somente se aperfeiçoa no momento em que o participante preencher os requisitos para a percepção do benefício previdenciário (AgRg no REsp n. 989.392/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, DJe 14/4/2014).

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1.483.876/SE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 05/05/2015)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PATROCINADOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA SUPLEMENTAR. REQUISITOS. CESSAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ADESÃO AO PLANO DE BENEFÍCIOS. CONDIÇÃO INEXISTENTE. DIREITO ADQUIRIDO. AFASTAMENTO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. EXIGÊNCIA INSTITUÍDA POR LEI. CARÁTER COGENTE. NORMAS APLICÁVEIS AO TEMPO DO CUMPRIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO.

[...]

3. *O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável à relação jurídica mantida entre a entidade fechada de previdência privada e seus participantes, porquanto o patrimônio da entidade e respectivos rendimentos reverterem-se integralmente na concessão e manutenção do pagamento de benefícios, prevalecendo o associativismo e o mutualismo, o que afasta o intuito lucrativo. Desse modo, o fundo de pensão não se enquadra no conceito legal de fornecedor, devendo a Súmula n. 321/STJ ser aplicada somente às entidades abertas de previdência complementar.*

[...]

9. Recurso especial provido.

(REsp 1.421.951/SE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 19/12/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 6º, VIII, DO CDC. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. ENTIDADE

FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PETROS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A matéria referente ao art. 6º, VIII, do CDC não foi objeto de prequestionamento no acórdão recorrido, o que impede a sua apreciação nesta via recursal. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

2. *Em regra, muito embora a questão possa ser revista no âmbito da 2ª Seção desta Corte, o Código de Defesa do Consumidor se aplica indistintamente às entidades abertas e fechadas de previdência complementar. Precedentes.*

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 666.127/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DO FEITO PARA AGUARDAR DECISÃO FINAL EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. NÃO CABIMENTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 291 E 427 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DO CDC ÀS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. SÚMULA 321/STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICE QUE RECOMPONHA A EFETIVA DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. SÚMULA 289/STJ.

[...]

4. *O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes, conforme o enunciado da Súmula 321/STJ, o qual incide tanto em relação às entidades abertas quanto às fechadas.*

5. A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda (Súmula 289/STJ), ainda que o estatuto da entidade estabeleça critérios diversos.

6. Agravo regimental não provido.

(EDcl no Ag 1.170.729/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 13/11/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE IMÓVEL COM ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APRECIÇÃO DE TODAS AS QUESTÕES RELEVANTES DA LIDE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 6º DA LINDB. ANÁLISE VEDADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA.

[...]

2. Segundo a jurisprudência pacífica desta Corte, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes, conforme o enunciado da Súmula n. 321/STJ.

3. A matéria contida no art. 6º da LINDB tem índole constitucional, razão pela qual é vedada a análise em recurso especial.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 288.165/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 28/11/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INOVAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. SÚMULA 309/STJ. ART. 544, § 4, I, CPC. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. ARTIGO 535. VIOLAÇÃO NÃO OCORRÊNCIA.

[...]

3. “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes” (Súmula 321/STJ).

4. Não cabe, em recurso especial, rever o conjunto fático-probatório dos autos e a interpretação de cláusulas contratuais (Súmulas 5 e 7 do STJ).

5. Os embargos de declaração opostos com a finalidade de prequestionamento não são protelatórios (Súmula 98/STJ).

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 39.731/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 23/10/2012)

Assim, segundo entendo, à luz do que determina o art. 14, II, do RISTJ, convém o pronunciamento da Segunda Seção a fim de prevenir divergência entre as Turmas de direito privado.

3. A principal questão em exame é quanto à aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor aos participantes e/ou assistidos em suas relações com as entidades de previdência privada complementar fechada.

O acórdão recorrido dispôs:

[...]

Em que pesem os esforços da agravante em negar a incidência das normas do CDC ao caso em exame, a meu sentir não merece prosperar, pois o vínculo jurídico decorrente do contrato aderido pelo agravado, objeto do litígio, configura relação de consumo a comportar a incidência da Lei 8.078/90.

O simples fato de a agravante ser uma entidade fechada de previdência privada não lhe retira a qualidade de fornecedora de serviço, tampouco desqualifica o agravado da condição de consumidor.

E fornecedor, segundo definição do art. 3º da Lei n. 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor - CDC, "é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços."

Assim, o agravante enquadra-se na citada definição, por ser pessoa jurídica que desenvolve prestação de serviços, os quais têm natureza securitária, expressamente previstos no § 2º do referido art. 3º, do CDC.

É certo que a agravante presta um serviço aos seus segurados, qual seja, a custódia e administração dos valores que lhe são repassados por estes, a título de contribuição previdenciária.

Portanto, o vínculo jurídico existente entre o participante e a entidade de previdência privada constitui relação de consumo, pelo que devem ser aplicados os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor.

A recorrente é entidade de previdência privada e, como tal, se equipara às instituições financeiras, nos termos do art. 29, da Lei 8.177/91: "as entidades de previdência privada, as companhias seguradoras e as de capitalização são equiparadas às instituições financeiras (...)".

Lado outro, dispõe a súmula 297, do STJ: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."

Ora, se se aplicam às instituições financeiras as disposições do CDC, desde que o mutuário seja o destinatário final dos recursos, é de se estender tal proteção aos associados dos planos de previdência privada, ainda que, *in casu*, as relações jurídicas se estabeleçam em âmbito restrito, entre aqueles e a VALIA.

Espancando possíveis dúvidas, o STJ sumulou a matéria:

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes (Súmula n. 321).

[...]

Assim aplicam-se no caso as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor.

É cediço que o consumidor tem foro privilegiado para que as ações por ele ou contra si propostas tramitem no foro de seu domicílio, de forma a facilitar sua defesa de direito.

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

A princípio, tem-se que o critério de distribuição de competência entre os órgãos jurisdicionais quanto à competência territorial é relativo, o que significa que dependeria de manifestação da parte contrária para que fosse apreciado pelo MM. Juiz, que não o poderia fazer de ofício, conforme orientação da Súmula n. 33, do STJ, *in verbis*:

Súmula 33 - A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.

No entanto, especificamente nos casos que envolvam relação de consumo, regidas pelo CDC, a regra de competência territorial torna-se absoluta tendo em vista que as normas dispostas no CDC são de ordem pública e de interesse social, consoante o disposto no art. 1º, da Lei n. 8.078/90.

Isso significa que as referidas normas, que estabelecem novas regras dentro da nossa ordem jurídica, destinada à proteção do direito dos consumidores, de uma forma em geral são indisponíveis e inafastáveis através de contratos ou por mera manifestação de vontade das partes.

Nesta condição, em sendo norma de ordem pública, não há qualquer impedimento para que ela seja conhecida e declarada de ofício, independente, pois, da arguição de qualquer das partes.

[...]

Portanto, verificada a incidência do Código de Defesa do Consumidor na espécie, aplica-se seu artigo 101:

Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:

I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor.

Assim, nas ações de responsabilidade, seja contratual ou extracontratual, tem o consumidor a faculdade de ajuizar ação no foro de seu domicílio. Tratando-se de norma especial, afasta-se a regra geral contida no art. 94 c/c art. 100, IV, a do CPC.

[...]

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça reconhece que “o critério determinativo da competência nas ações derivadas de relações de consumo é de ordem pública, caracterizando-se como regra de competência absoluta” (REsp 1.049.639, Min. João Otávio).

[...]

Assim, diante da necessidade de efetivação das normas que norteiam o Código de Defesa do Consumidor e, em especial, o princípio da facilitação da defesa do consumidor, conforme já demonstrado, a jurisprudência dos Tribunais vem admitindo a declinação da competência de ofício, pelo juiz.

Destarte, aplica-se no caso o Código de Defesa do Consumidor e por se tratar de relação de consumo pode o MM. Juiz a quo declinar de ofício da competência para o foro do domicílio do autor. Portanto, era o caso de negar seguimento ao agravo de instrumento.

É conveniente assinalar, para logo, que não se cogita aqui em afastamento das normas especiais inerentes à relação contratual de previdência privada para aplicação do Diploma Consumerista, visto que só terá cabimento pensar sua aplicação a situações que não tenham regramento específico na legislação especial previdenciária de regência.

Dessarte, como regra basilar de hermenêutica, no confronto entre as regras específicas e as demais do ordenamento jurídico, deve prevalecer a regra excepcional.

Nessa toada, como bem observado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o Código de Defesa do Consumidor traça regras que presidem a situação específica do consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do direito das obrigações, todavia, “[é] certo que, *no que lhe for específico*, o contrato continua regido pela lei que lhe é própria”. (REsp 80.036/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/1996, DJ 25/3/1996, p. 8.586)

Essa é também a doutrina de Claudia Lima Marques, ao assentar que, como o CDC não regula contratos específicos, em casos de incompatibilidade há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios de especialidade e cronologia. (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 247)

Desse modo, evidentemente, não caberá, independentemente da natureza da entidade previdenciária, a aplicação do CDC de forma alheia às normas específicas inerentes à relação contratual de previdência privada complementar.

Esse entendimento foi recentemente pacificado no STJ, em vista da afetação a este Colegiado do AREsp 504.022-SC, julgado na sessão de 10 de setembro de 2014, tendo constado da ementa que “[...] é descabida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor alheia às normas específicas inerentes à relação contratual de previdência privada complementar e à modalidade

contratual da transação, negócio jurídico disciplinado pelo Código Civil, inclusive no tocante à disciplina peculiar para o seu desfazimento”.

4. Ademais, é bem de ver que o legislador ordinário, em observância ao disposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, sobretudo, aos princípios, regras e valores que a Carta Magna alberga, editou o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).

O artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor esclarece os objetivos e princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, que contempla a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, compatibilizando a proteção ao consumidor - parte mais fraca da relação contratual - com a necessidade de desenvolvimento econômico, viabilizando os princípios nos quais se funda a ordem econômica, e resguardando o equilíbrio e a boa-fé:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei n. 9.008, de 21.3.1995)

[...]

III - *harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;*

Nesse diapasão, leciona João Batista de Almeida:

O Código de Defesa do Consumidor, antes de cuidar da Política Nacional de Proteção e defesa do Consumidor, cuida da Política de Relações de Consumo, dispondo sobre os objetivos e princípios que devem nortear o setor. Já se disse, acertadamente, que a defesa do consumidor não pode ser encarada como instrumento de confronto entre produção e consumo, senão como meio de compatibilizar e harmonizar os interesses envolvidos.

1.6.1. Objetivos

Nesse contexto, tal Política deve ter por objetivos, em primeiro plano, o atendimento das necessidades dos consumidores - objetivo principal das relações de consumo-, mas deve preocupar-se também com a transparência e harmonia das

relações de consumo, de molde a pacificar e compatibilizar interesses eventualmente em conflito. O objetivo do Estado, ao legislar sobre o tema, não será outro que não eliminar ou reduzir tais conflitos, sinalizar para a seriedade do assunto e anunciar sua presença como mediador, mormente para garantir proteção à parte mais fraca e desprotegida.

Objetivo importante dessa Política é também a postura do Estado de garantir a melhoria de qualidade de vida da população consumidora, quer exigindo o respeito à sua dignidade, quer assegurando a presença no mercado de produtos e serviços não nocivos à vida, à saúde e à segurança dos adquirentes e usuários, quer, por fim, coibindo os abusos praticados e dando garantias de efetivo ressarcimento, no caso de ofensa a seus interesses econômicos.

[...]

Por isso, a Política Nacional de Relações de Consumo deve estar lastreada nos seguintes princípios:

[...]

c) Harmonização de interesses. Como se disse, o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo deve ser a harmonização dos interesses envolvidos e não o confronto ou o acirramento de ânimos. Interessa às partes, ou seja, aos consumidores e fornecedores, o implemento das relações de consumo, com o atendimento das necessidades dos primeiros e o cumprimento do objetivo principal que justifica a existência do fornecedor: fornecer bens e serviços. Colima-se, assim, o equilíbrio entre as partes. (ALMEIDA, João Batista de. A Proteção Jurídica do Consumidor. 6 ed.: Saraiva, São Paulo, 2008, ps. 16-19)

Destarte, a repressão ao abuso do poder econômico, a bilateralidade, a função social do contrato e a necessidade de não inviabilizar as atividades econômicas são contempladas nas relações consumeristas:

[...]

Em outros termos, a exegese da legislação tutelar do consumidor não pode ser feita com abstração dos muitos outros institutos jurídicos de fundamental importância para a economia, como, aliás, recomenda o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, III, ao definir como princípio da política nacional de relações de consumo a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, em atenção ao princípios regradores da ordem econômica (cf. Filomeno, 1991:43/44). (COELHO, Fábio Ulhoa. O Empresário e os Diretos do Consumidor. Saraiva: São Paulo, 1994, p. 23-24)

O conceito de consumidor e fornecedor encontram-se encartados, respectivamente, nos art. 2º e 3º do CDC:

Os arts. 2º e 3º do CDC, respectivamente, dispõem:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

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

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Por um lado, depreende-se, pois, que o conceito de consumidor foi construído sob ótica objetiva, porquanto voltada para o ato de retirar o produto ou serviço do mercado, na condição de seu destinatário final.

Por outro lado, avulta do art. 3º, § 2º, do CDC que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de prestação de serviços, compreendido como “*atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração*” - inclusive as de natureza financeira e securitária -, salvo as de caráter trabalhista.

Nessa linha, afastando-se do critério pessoal de definição de consumidor, o legislador possibilita, até mesmo às pessoas jurídicas, a assunção dessa qualidade, desde que adquiram ou utilizem o produto ou serviço como destinatário final.

Dessarte, consoante doutrina abalizada sobre o tema, o destinatário final é aquele que retira o produto da cadeia produtiva (destinatário fático), mas não para revendê-lo ou utilizá-lo como insumo na sua atividade profissional (destinatário econômico).

Este o entendimento de Claudia Lima Marques:

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência - é necessário ser destinatário final econômico do bem,

não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida "destinação final" do produto ou serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e distribuição.

Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 71)

5. No ponto em exame, parece evidente que há diferenças sensíveis e marcantes entre as entidades de previdência privada aberta e fechada.

Embora ambas exerçam atividade econômica, *apenas as abertas operam em regime de mercado, podem auferir lucro* das contribuições vertidas pelos participantes (proveito econômico), não havendo também nenhuma imposição legal de participação de participantes e assistidos, seja no tocante à gestão dos planos de benefícios, seja ainda da própria entidade.

Daniel Pulino, em extenso e profícuo estudo, confronta as diferenças, no tocante aos regimes jurídicos a envolver os dois gêneros de entidades de previdência privada (aberta e fechada):

Há marcante diferença entre as entidades fechadas e abertas, diferença esta que se verifica quanto à *finalidade* por elas perseguida. É esta, aliás, a *principal diferença* da previdência privada aberta para a fechada, quanto às entidades, a ponto de ser ela a fonte de grande parte das demais distinções que a lei faz entre uma e outra dessas modalidades. Vejamos por que.

Embora a lei geral de regulação do regime de previdência privada - a Lei Complementar n. 109, de 2001 - estabeleça, em seu art. 2º, ser o mesmo o objetivo principal de entidades abertas e fechadas, à segunda delas, às fechadas, foi vedada a finalidade lucrativa, o que, no entanto, será perseguido pelas entidades abertas de previdência complementar [...].

Com efeito, dispõe o art. 31, § 1º, e o art. 8º, parágrafo único, respectivamente, das Leis Complementares n. 109 e 108, de 2001, em idêntica redação, que as entidades fechadas "organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, *sem fins lucrativos*". Foi, portanto, vedada por lei a busca de lucro pelas entidades fechadas de previdência complementar.

Por seu turno, embora não esteja explícito no texto da lei, as entidades abertas, diferentemente, perseguirão lucros, porque, primeiramente, elas se organizam, como visto, sob a forma de sociedades anônimas - sociedades regidas pela Lei n. 6.404, de 1976, que, em seu art. 2º (e 154), expressamente, se refere à finalidade lucrativa, que jamais poderá ser recusada - e, em segundo lugar, porque, apenas por respeito a situações já estabelecidas perante a legislação anterior,

a Lei Complementar n. 109, de 2001, admitiu, transitoriamente, a existência de entidades abertas sem fins lucrativos (art. 77), que foram, assim, tratadas como figuras em extinção.

Diante dessa diferenciação que a lei estabeleceu, pode-se dizer, numa análise funcional do regime de previdência privada, que a proteção previdenciária - o intuito protetivo protetivo-previdenciário - corresponde à finalidade legal do instituto da previdência privada ou complementar; vale dizer, o bem ou valor em razão do qual existe esse conjunto estruturado de normas conformadoras de um regime de previdência privada consiste na proteção previdenciária complementar - em esquema previdenciário - dos indivíduos.

Entendemos por proteção previdenciária complementar a cobertura autônoma àquela conferida pelo regime básico - mas tendente à sua melhoria - aos participantes dos planos de benefícios e seus beneficiários, trazendo vantagens diretas para estes e para as patrocinadoras ou instituidoras, e que justamente por isso foi contratada pelas partes no intuito específico de *preservação*, em alguma medida (a medida contratada), *do particular nível de vida* do participante e dos seus beneficiários.

[...]

*Assim, por exemplo, enquanto uma é organizada como fundação (as fechadas), a outra (abertas) o é enquanto companhia - sociedade na qual, já o dissemos, a finalidade lucrativa é da sua essência -; uma (a entidade fechada) terá gestão participativa, e a outra (aberta), não; apenas aos planos de uma delas (os das fechadas) foi imposta disciplina específica para tratamento de resultado superavitário (art. 20 da lei Complementar n. 109, de 2001), possibilidade nem sequer cogitada para planos de entidades abertas (onde, atingidos os resultados contratados, os excedentes podem ser considerados lucros, a serem distribuídos entre os acionistas); uma (fechada) pode existir para administrar plano de benefícios para apenas uma empresa patrocinadora ou entidade instituidora (entidade fechada singular), o que é inimaginável para as abertas; uma, enfim, terá disciplina jurídica ainda mais próxima das instituições financeiras e de seguro (é o caso das abertas), do que aquela imposta às entidades fechadas. (PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 130-133)*

Nesse passo, assinalo que, conforme disposto no art. 36 da Lei Complementar n. 109/2001, as entidades abertas de previdência complementar são constituídas unicamente sob a forma de sociedade anônimas. Elas, salvo as instituídas antes da mencionada lei, têm, pois, necessariamente, finalidade lucrativa e são formadas por instituições financeiras e seguradoras, autorizadas e fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados - Susep, vinculada ao Ministério da Fazenda, tendo por órgão regulador o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP.

As operações de previdência privada aberta são realizadas em regime de mercado e resultam em captação de poupança popular. Não há intuito exclusivamente protetivo-previdenciário.

O art. 49, § 1º, da LC n. 109/2001, ao tratar dos efeitos da decretação da liquidação extrajudicial, estabelece que as faculdades previstas nos incisos do artigo se aplicam, no caso das entidades abertas de previdência complementar, exclusivamente em relação às suas atividades de natureza previdenciária, deixando nítido que suas operações não se restringem ao âmbito previdenciário.

Nessa senda, por um lado, dispõe o art. 73 da Lei Complementar n. 109/2001 que as entidades abertas serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras. Por outro lado, o art. 18 da Lei do Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 4.595/1964) estabelece que se subordinam às disposições e disciplina desta Lei, no que lhes for aplicável, as companhias de seguros e capitalização.

Com efeito, segundo entendo, muito embora a Lei Complementar n. 109/2001 tenha parcialmente revogado o art. 29 da Lei n. 8.177/1991 (ADI n. 504/DF) - que estabelecia que as entidades de previdência privada são equiparadas às instituições financeiras -, em vista do disposto nos arts. 71, § 1º e 73 do novel Diploma, no que diz respeito às entidades abertas, não promoveu modificação substancial.

Ademais, como o art. 29 da Lei n. 8.177/1991 é aplicável também às companhias seguradoras, em vista do disposto no art. 73 da Lei Complementar n. 109/2001, fica clara a equiparação legal à instituição financeira.

O dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 29. As entidades de previdência privada, as companhias seguradoras e as de capitalização são equiparadas às instituições financeiras e às instituições do sistema de distribuição do mercado de valores mobiliários, com relação às suas operações realizadas nos mercados financeiro e de valores mobiliários respectivamente, inclusive em relação ao cumprimento das diretrizes do Conselho Monetário Nacional quanto às suas aplicações para efeito de fiscalização do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários e da aplicação de penalidades previstas nas Leis n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e de 7 de dezembro de 1976.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não modifica o tratamento tributário definido em lei nem a competência específica, relativamente àquelas entidades, do Ministério do Trabalho e da Previdência Social e da Superintendência de Seguros Privados, que deverão ser comunicadas sobre quaisquer irregularidades constatadas pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários.

Esse entendimento foi recentemente sufragado, em aresto por mim relatado, REsp 1.207.538-RS, pela Quarta Turma.

O acórdão tem a seguinte ementa:

PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA. RECURSO ESPECIAL. PACTUAÇÃO DE MÚTUO ENTRE PARTICIPANTE OU ASSISTIDO DE PLANO DE BENEFÍCIOS E ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. SUBMISSÃO DAS TAXAS DE JUROS AOS LIMITES DA LEI DE USURA. INVIABILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. ENTIDADES QUE, DIFERENTEMENTE DAS FECHADAS, TÊM FINS LUCRATIVOS E OPERAM EM REGIME DE MERCADO E, POR FORÇA DE LEI, SÃO EQUIPARADAS ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. REEXAME DE PROVAS EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE.

1. Por um lado, dispõe o art. 73 da Lei Complementar n. 109/2001 que as entidades abertas de previdência privada serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras. Por outro lado, o art. 18, § 1º, da Lei do Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 4.595/1964) estabelece que as companhias de seguros se subordinam às disposições e disciplina desta Lei, no que lhes for aplicável.

2. Muito embora a Lei Complementar n. 109/2001 tenha parcialmente revogado o art. 29 da Lei n. 8.177/1991 (ADI n. 504/DF) - que estabelecia que as entidades de previdência privada são equiparadas às instituições financeiras -, em vista do disposto nos arts. 71, § 1º e 73 do novel Diploma, no que diz respeito às entidades abertas, não promoveu modificação substancial no tocante à matéria.

3. Com efeito, o art. 29 da Lei n. 8.177/1991 estabelece que as companhias seguradoras são equiparadas às instituições financeiras e às instituições do sistema de distribuição do mercado de valores mobiliários, com relação às suas operações realizadas no mercado financeiro.

4. "Nos termos da Lei Complementar n. 109/01, as entidades abertas de previdência privada podem realizar operações financeiras com os assistidos, com o que não se pode fugir do regime aplicado às instituições financeiras, prevalecendo a taxa de juros pactuada". (REsp 679.865/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/09/2006, DJ 04/12/2006, p. 255)

5. Recurso especial provido para restabelecimento da sentença.

Assim, parece nítido que as relações contratuais entre as entidades abertas de previdência complementar e participantes e assistidos de seus planos de benefícios - claramente vulneráveis - são relações de mercado, com existência de legítimo auferimento de proveito econômico por parte da administradora do plano de benefícios, caracterizando-se genuína relação de consumo.

6. No tocante às entidades fechadas, contudo, por força de lei, são organizadas “sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos”, havendo um claro mutualismo entre a coletividade integrante dos planos de benefícios administrados por essas entidades, a questão é tormentosa.

Nesse diapasão, o artigo 34, I, da Lei Complementar n. 109/2001 deixa límpido que as entidades fechadas de previdência privada “apenas” administram os planos (inclusive, pois, o fundo formado, que não lhes pertence), havendo, conforme dispõe o art. 35 da Lei Complementar n. 109/2001, gestão compartilhada entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores nos conselhos deliberativo (órgão máximo da estrutura organizacional) e fiscal (órgão de controle interno).

No tocante ao plano de benefícios patrocinado por entidade da administração pública, conforme dispõem os arts. 11 e 15 da Lei Complementar n. 108/2001, há gestão paritária entre representantes dos participantes e assistidos - eleitos por seus pares - e dos patrocinadores nos conselhos deliberativo (órgão máximo da estrutura organizacional, a quem incumbe, dentre outras atribuições relevantes, definir a política geral de administração da entidade e de seus planos de benefícios, gestão de investimentos e plano de aplicação de recursos, a alteração de estatuto e regulamentos dos planos de benefícios, nomeação e exoneração dos membros da diretoria executiva, contratação de auditor independente atuário, avaliador de gestão) e fiscal (órgão de controle interno).

Nesse passo, os arts. 23 e 24 da Lei Complementar n. 109/2001 estabelecem que as entidades fechadas deverão manter atualizada sua contabilidade, de acordo com as instruções do órgão regulador e fiscalizador, submetendo suas contas a auditores independentes, havendo obrigação de divulgação aos participantes, inclusive aos assistidos, das informações pertinentes aos planos de benefícios ao menos uma vez ao ano, na forma, prazos e meios estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador.

Ademais, é bem verdade que os valores alocados ao fundo comum obtido, na verdade, pertencem aos participantes e beneficiários do plano, existindo explícito mecanismo de solidariedade, de modo que todo excedente do fundo de pensão é aproveitado em favor de seus próprios integrantes.

Com efeito, o art. 20 da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que o resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados

planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das reservas matemáticas. Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será estabelecida reserva especial para revisão do plano de benefícios que, se não utilizada por três exercícios consecutivos, determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios.

Nesse diapasão, recente precedente da Terceira Turma, REsp 1.421.951/SE, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, inaugurando nova corrente jurisprudencial no âmbito desta Corte, propugnando o completo afastamento da Súmula 321/STJ às relações contratuais mantidas entre entidades de previdência privada fechada e participantes/assistidos, alinhavou:

2. Da inaplicabilidade da Súmula n. 321/STJ às entidades fechadas de previdência privada

Quanto à incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC) no caso dos autos, apesar de a Súmula n. 321/STJ estabelecer que a legislação consumerista “é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”, essa aplicação deve ficar restrita às entidades abertas de previdência complementar (EAPC).

Com efeito, a despeito de existirem precedentes qualificando de fornecedoras as entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), por equiparar suas atividades aos serviços securitários (a exemplo do REsp n. 306.155/MG), ressalte-se que apenas às entidades abertas é que se aplicam subsidiariamente as normas que regulam as sociedades seguradoras (art. 73 da Lei Complementar n. 109/2001).

Ao contrário do que consta nos mencionados precedentes, as entidades fechadas de previdência privada não comercializam os seus benefícios ao público em geral ou os distribuem no mercado de consumo, não podendo, por isso mesmo, ser enquadradas no conceito legal de fornecedor.

Além disso, não há remuneração pela contraprestação dos serviços prestados e, conseqüentemente, a finalidade é não lucrativa (arts. 4º da Lei n. 6.435/1977 e 4º, II, e § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001), já que o patrimônio da entidade e respectivos rendimentos, auferidos pela capitalização de investimentos, revertem-se integralmente na concessão e manutenção do pagamento de benefícios aos seus participantes e assistidos.

Assim, o que predomina nas relações entre a EFPC e seus participantes é o associativismo ou o mutualismo com fins previdenciários, ou seja, uma gestão participativa com objetivos sociais comuns de um grupo específico, que se traduzem na rentabilidade dos recursos vertidos pelos patrocinadores

(empregadores) e participantes (empregados) ao fundo, visando à garantia do pagamento futuro de benefício de prestação programada e continuada.

Logo, a relação jurídica existente entre os fundos de pensão e seus participantes é de caráter estatutário, sendo regida por leis específicas (Leis Complementares n. 108 e 109/2001) bem como pelos planos de custeio e de benefícios, de modo que, apenas em caráter subsidiário, aplicam-se a legislação previdenciária e a civil, não podendo incidir normas peculiares de outros microsistemas legais, tais como o CDC e a CLT.

Nesse sentido, a Segunda Seção desta Corte Superior já sinalizou ser inaplicável a legislação consumerista nas relações contratuais de entes fechados de previdência privada e seus participantes, à luz do princípio da especialidade, como se extrai do seguinte julgado:

“(…)

9. Por fim, quanto à invocação do diploma consumerista, é de se observar que ‘o ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros’. (REsp 586.316/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009)

Dessarte, como regra basilar de hermenêutica, no confronto entre as regras específicas e as demais do ordenamento jurídico, deve prevalecer a regra excepcional.

Nessa toada, como bem observado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no REsp 80.036/SP, o Código de Defesa do Consumidor traça regras que presidem a situação específica do consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do direito das obrigações, todavia, ‘[é] certo que, no que lhe for específico, o contrato’ continua regido pela lei que lhe é própria. (REsp 80.036/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/1996, DJ 25/3/1996, p. 8.586)

Essa é também a doutrina de Claudia Lima Marques, ao assentar que, como o CDC não regula contratos específicos, em casos de incompatibilidade, há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios de especialidade e cronologia. (MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 247)

Desse modo, data venia, evidentemente, não cabe a aplicação do CDC alheia às normas específicas inerentes à relação contratual de previdência privada complementar e à modalidade contratual da transação - negócio jurídico disciplinado pelo Código Civil, inclusive no tocante à disciplina peculiar para o seu desfazimento” (AgRg no AREsp n. 504.022/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, DJe 30/9/2014 - grifou-se).

7. Penso, portanto, diante de tudo que foi assinalado, que as regras do Código Consumerista, mesmo em situações que não sejam regulamentadas pela legislação especial, não se aplicam às relações envolvendo participantes e/ou beneficiários de planos de benefícios e entidades de previdência complementar fechadas. Assim, a meu juízo, deve ser interpretada a Súmula 321/STJ, que continua válida, contudo, restrita aos casos a envolver entidades abertas de previdência.

Na hipótese em exame, todavia, envolvendo regra de natureza contratual e processual, a base fática do caso ora em julgamento é um tanto diversa daquela examinada pela Terceira Turma, permitindo, segundo entendo, exame ainda mais amadurecido e aprofundado da questão.

7.1. De fato, refletindo com mais profundidade sobre a questão - que, na verdade, é um desdobramento da não incidência do CDC à relação contratual mantida entre as entidades fechadas e a coletividade dos planos de benefícios -, *atento à circunstância de que, embora a relação autônoma de previdência complementar não se confunda com a trabalhista, a própria legislação de regência (art. 16 da Lei Complementar n. 109/2001) impõe que a entidade confira tratamento isonômico com relação a todos os empregados da patrocinadora*, reformulo meu voto, para dar provimento ao recurso.

7.2. Para logo, *data venia*, parece inadequada a comparação entre a relação jurídica em exame e a existente entre condôminos ou entre cooperativas e cooperativados. Embora seja inegável que as entidades fechadas não auferem lucro (que, se houver, é totalmente revertido em benefício dos participantes e assistidos) e os participantes e assistidos sejam efetivamente protagonistas da gestão dos planos de benefícios, visto que a legislação de regência estabelece que integram o conselho deliberativo (órgão máximo) e o conselho fiscal (órgão de controle interno), na verdade, o art. 35, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001 assegura aos participantes e assistidos tão somente 1/3 (um terço) dessas vagas.

Ademais, mesmo nos planos de benefícios patrocinados pelas entidades da administração pública, em que há gestão paritária, a teor do art. 11, *caput*, da Lei Complementar n. 108/2001, a presidência do conselho deliberativo - órgão que, dentre outras atribuições relevantes, tem a atribuição de elaborar os estatutos e regulamentos (contrato de adesão), assim como suas alterações - será sempre do representante do patrocinador, que terá voto de qualidade (embora se reconheça que, no tocante ao conselho fiscal, a fórmula é invertida, pois são os participantes e assistidos que detêm a presidência e voto de qualidade).

7.3. Como é cediço, o patrocínio de planos de benefícios de previdência privada constitui importante elemento/estratégia para atração e manutenção de talentos para as empresas patrocinadoras, que podem propiciar benefício econômico indireto para seus empregados, sem os pesados encargos trabalhistas.

No caso dos planos patrocinados, como há a coparticipação do patrocinador, é inegável que, em vista dessa vantagem, no mais das vezes, a adesão, embora facultativa, é quase que irresistível, sendo certo, ademais, como reconhece a própria recorrente, as entidades de previdência privada fechada atuam sem concorrência, e o art. 14, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que a portabilidade não será admitida sem a cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador.

Claudia Lima Marques leciona que os contratos de adesão, no contexto da vida moderna, de grande insegurança e de indução através da publicidade massiva à necessidade de acumulação de bens materiais e imateriais (o chamado “poder da necessidade” e a “sedução das novas necessidades”), vinculam o aderente de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, se torna este cliente cativo, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual. Em outras palavras, para manter o vínculo, o aderente aceitará facilmente qualquer nova imposição. (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005. p. 102-103)

Não se ignora que, como a teor do art. 18 da Lei Complementar n. 109/2001, o fundo formado pelo plano de benefícios é que deve arcar com as despesas comuns - inclusive, pois, com os custos oriundos de litígios -, é mesmo possível que o envolvimento da entidade de previdência privada em litígios fora de seu domicílio acarrete maior ônus para a coletividade de integrantes do plano, inclusive para a patrocinadora.

No entanto, *a formação do fundo não é um fim em si mesmo, da leitura da Constituição Federal, a previdência complementar (rectius, suplementar), embora seja relação contratual de direito civil autônoma, está disciplinada no art. 202, integrante topograficamente do Título VIII, relativo à ordem social. O fundo comum é formado com finalidade protetivo-previdenciária, sendo a solidariedade “princípio jurídico e instrumental técnico, essência e razão de ser da Previdência Social, básica ou complementar”*. (MARTINEZ, Waldimir Novaes. *Primeiras lições de previdência complementar*. São Paulo: LTR, 1996, p. 38 e 39).

A tese recursal afronta o conteúdo do disposto no art. 16 da Lei Complementar n. 109/2001 (Lei especial de regência), que estabelece que os planos de benefícios sejam oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores. Com efeito, segundo entendo, o dispositivo impõe uma necessidade de observância, por parte da entidade fechada de previdência complementar, de uma igualdade material entre os empregados do patrocinador, de modo que todos possam aderir e fruir dos planos de benefícios oferecidos que, por conseguinte, devem ser, em sentido amplo, acessíveis aos participantes empregados da patrocinadora, ainda que laborem em domicílios diversos ao da entidade.

Ademais, a recorrente argumenta no especial que a relação é multipolar ou associativa, pois o enfoque está na cooperação, em parceria para atingir o fim comum, invocando o princípio da solidariedade, de modo a justificar o malferimento aos arts. 421, 422 e 424 do CC/2002.

É consabido que a boa-fé objetiva tem por escopo resguardar as expectativas legítimas de ambas as partes na relação contratual, por intermédio do cumprimento de um dever genérico de lealdade e crença, aplicando-se a ambos os contratantes.

Deveras, o princípio da confiança decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes, sendo certo que o ordenamento jurídico prevê, ainda que de forma implícita, deveres de conduta a serem observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuos, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo, sem prejuízo da solidariedade que deve existir entre ambos.

Neste particular, a moderna doutrina civilista, ao adotar a concepção do vínculo obrigacional como relação dinâmica, revela o reconhecimento de deveres secundários, ou anexos, que incidem de forma direta nas relações obrigacionais, prescindindo da manifestação de vontade dos participantes e impondo às partes o dever de zelar pelo cumprimento satisfatório dos interesses da outra parte, vista no direito moderno como parceria contratual.

Nesse ponto, convém registrar, também, o magistério de Cláudia Lima Marques, para quem a “boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, *respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis*, seus direitos, agindo com lealdade, *sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações*: o cumprimento do

objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. I, p. 106-107.)

A existência dos chamados deveres anexos, instrumentais, secundários ou acessórios revela-se como uma das faces de atuação ou operatividade do princípio da boa-fé objetiva.

No caso, penso que a recorrente falta com esses deveres, notadamente o de razoável proteção e o de não agravar a situação do parceiro contratual, na medida em que pretende que o feito tramite no foro de seu domicílio, para nitidamente dificultar o acesso à justiça.

Assim, impertinente a invocação do CDC, parece nítido que a vedação da conduta/prática adotada na relação contratual de direito civil de previdência complementar fechada ressaia da própria legislação especial de regência (art. 16 da Lei Complementar n. 109/2001) e do Código Civil.

Com efeito, na III Jornada de Direito Civil do CJF, com propriedade, foram aprovados enunciados bastante pertinentes. Dessarte, o enunciado n. 171 propugna que “[o] contrato de adesão mencionado nos arts. 423 e 424 do CC, não se confunde com o contrato de consumo”. O enunciado n. 172, por seu turno, esclarece que “[a]s cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002”.

Dessarte, *a possibilidade de o participante ou assistido poder ajuizar ação no foro do local onde labora(ou) para a patrocinadora não pode ser menosprezada, inclusive para garantir um equilíbrio e isonomia entre os participantes que laboram no mesmo foro da sede da entidade e os demais, pois o participante não tem nem mesmo a possibilidade, até que ocorra o rompimento do vínculo trabalhista com o instituidor, de proceder ao resgate ou à portabilidade.*

Outrossim, como o contrato previdenciário patrocinado tem por origem a relação de emprego, constituindo o patrocínio um salutar benefício reflexo - que não deve, pois, ser desestimulado -, sendo possível vislumbrar hipóteses pontuais em que poderá também figurar o patrocinador no polo passivo - v.g., ação vindicando resgate, em plano de benefícios, cujo regulamento preveja também a possibilidade do resgate das contribuições do patrocinador, que não as recolheu -, é bem de ver que, *mutatis mutandis*, o art. 651, *caput*, da CLT - Diploma protetivo que busca proteger a parte débil da relação contratual (COELHO,

Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: contratos*. 4 ed. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 79) - estabelece, como regra geral, que o foro competente para ajuizamento de demanda trabalhista é o da localidade onde o autor tiver prestado serviços ao empregador, não prevendo a faculdade do obreiro (parte vulnerável) manejar ação em seu domicílio.

Então, em conclusão, após profunda reflexão, entendo, à luz da própria legislação de regência do contrato previdenciário, ser possível ao assistido e/ou participante de plano de benefícios ajuizar ação em face da entidade de previdência privada no foro de domicílio da ré, no eventual foro de eleição ou mesmo no foro onde labora(ou) para a patrocinadora.

No caso, como o recorrido ajuizou ação no foro do local onde laborou para a patrocinadora do plano de benefícios, e, após o início do julgamento do presente recurso, a própria recorrente ofertou memorial subscrito por seu patrono pugnando “por manter o processamento da ação originária na Comarca de Governador Valadares”, segundo entendo, diante desses fatos, não há cogitar em necessidade de remessa dos autos ao Juízo de domicílio do autor ou da ré, ora recorrente.

8. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para estabelecer que o feito deverá permanecer tramitando no Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Governador Valadares.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Trata-se de recurso especial, interposto pela FUNDAÇÃO VALE DO RIO DOCE DE SEGURIDADE SOCIAL - VALIA, com amparo nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, no intuito de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fls. 116/133, e-STJ):

AGRAVO REGIMENTAL - NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO - ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - SÚMULA 321 DO STJ - APLICABILIDADE DO CDC - RELAÇÃO DE CONSUMO - COMPETÊNCIA ABSOLUTA - DEMANDA AJUIZADA PELO CONSUMIDOR - DECLINAÇÃO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE.

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes, conforme súmula 321 do STJ.

A competência absoluta, como se dá quando a relação é de consumo, pode ser declinada de ofício pelo juiz.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Depreende-se da leitura dos autos que JOHNSON CÂNDIDO PEREIRA, domiciliado em Vila Velha, no Estado do Espírito Santo, ajuizou reclamação na Justiça do Trabalho de Governador Valadares, no Estado de Minas Gerais, em face da VALIA e da VALE S/A, afirmando ser ex-empregado da empresa patrocinadora e que o fundo de pensão complementar não cumpriu o seu regulamento, deixando de assegurar ao benefício pago a paridade com os reajustes praticados pelo Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS.

O juízo laboral, amparado no fundamento de que a demanda versava sobre relação previdenciária complementar, declinou da competência e determinou a remessa dos autos à Justiça Comum Estadual daquela localidade.

Redistribuída a ação, o Juízo de Direito da 2.^a Vara Cível da Comarca de Governador Valadares/MG, por seu turno, entendeu que se aplicava ao caso as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor e, de ofício, determinou o envio do feito para a comarca do domicílio do beneficiário.

A entidade de previdência privada interpôs agravo de instrumento, arguindo a inaplicabilidade da lei consumerista e, por consequência, a manutenção da competência da justiça mineira, livremente escolhida pelo beneficiário.

A Corte *a quo*, aplicando o enunciado da Súmula 321 do STJ, negou provimento ao recurso (fls. 116/133, e-STJ).

Nas razões do recurso especial (fls. 152/167, e-STJ), a recorrente aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação, pelo aresto estadual, aos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor; 111 do Código de Processo Civil; e, ainda, 31 e 35 da Lei Complementar n. 109/2001.

Sustenta, para tanto, que, na hipótese, não há relação de consumo, pois os benefícios não podem ser comercializados no mercado, são destinados a grupo limitado e determinado de empregados das patrocinadoras, os quais, em razão do caráter paritário-associativo, são também responsáveis pelo sucesso ou fracasso do fundo de pensão.

Defende, por fim, que a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício, mormente se o autor escolheu ajuizar a ação em Governador Valadares/MG e o réu voluntariamente deixou de impugnar o foro de distribuição.

Sem contrarrazões.

Em juízo de admissibilidade, negou-se o processamento do recurso especial, sob o fundamento de que aplicável ao caso o enunciado da Súmula 83 do STJ (fls. 186/187, e-STJ).

Irresignada (fls. 190/205, e-STJ), aduziu a agravante que o reclamo merecia trânsito, uma vez que a matéria deve ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça.

Não foi apresentada contraminuta.

Por decisão monocrática (fls. 214/217, e-STJ), o ilustre Ministro Relator negou provimento ao agravo (art. 544 do CPC), aplicando o entendimento firmado pela Quarta Turma do STJ de que se aplica o CDC às entidades fechadas de previdência privada e, por conseguinte, sendo a competência absoluta, poderia o magistrado declinar de ofício e determinar a remessa dos autos ao foro do autor, em razão do princípio da facilitação da defesa do consumidor (art. 6º, inc. VIII, do CDC).

Apresentado o agravo regimental ao órgão colegiado, foi proposto, por unanimidade, o provimento do recurso para afetar o feito ao exame da Colenda Segunda Seção desta Corte Superior (fl. 247, e-STJ).

É o breve relatório.

VOTO

O inconformismo merece prosperar.

1. Como é sabido, quando a Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça foi editada, albergou-se em seu enunciado a aplicação da lei consumerista às entidades de previdência complementar abertas e fechadas, sem qualquer distinção. E, do estudo exegético do verbete sumular, observa-se, inclusive, que o aresto firmado no julgamento do Recurso Especial n.º 306.115/MG, de relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, cujo precedente serviu de referência para a elaboração da citada súmula, a Terceira Turma deste Tribunal entendeu que o CDC se aplicava à Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social - VALIA (ora recorrente), sob o fundamento de que “*pode-se enquadrar a entidade de previdência privada no conceito de fornecedor de serviços do art. 3º, do CDC*”.

Todavia, como bem alerta o ilustre relator, em seu substancioso voto, recentemente, a mesma colenda Terceira Turma tem revisado a incidência do

referido entendimento sumular, excluindo de sua extensão as entidades fechadas de previdência complementar, podendo-se, citar, à guisa de exemplificação, os seguintes julgados: REsp 1.431.273/SE, Rel. Ministro *MOURA RIBEIRO*, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015; EDcl no AREsp 530.138/SC, Rel. Ministro *JOÃO OTÁVIO DE NORONHA*, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015; REsp 1.443.304/SE, Rel. Ministro *RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA*, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015; AgRg no AREsp 545.052/SC, Rel. Ministro *JOÃO OTÁVIO DE NORONHA*, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 26/05/2015; AgRg no AREsp 549.742/SE, Rel. Ministro *RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA*, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 27/05/2015; AgRg no AREsp 529.474/SC, Rel. Ministro *JOÃO OTÁVIO DE NORONHA*, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 13/05/2015; AgRg nos EDcl no REsp 1.500.632/SC, Rel. Ministro *MOURA RIBEIRO*, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 12/05/2015.

O destacado posicionamento funda-se nas premissas de que as entidades fechadas de fundo de pensão *não têm finalidade lucrativa* e apenas podem a elas se filiar os empregados de uma determinada empresa patrocinadora, inexistindo, portanto, a comercialização de benefícios ao público em geral. Consigna, ainda, afastando a eventual vulnerabilidade do beneficiário, o fato de que o participante tem poder efetivo de eleger o presidente e os membros do conselho fiscal, além de fiscalizar e participar das decisões que afetam a gestão do próprio fundo, o que configura um sistema mutualista e cooperativista com vistas a atingir um objetivo comum.

Tais especificidades, contudo, como afirmam os julgados ora colacionados, não estão presentes nas entidades abertas de previdência complementar que, por comercializarem o retorno financeiro das aplicações pagas pelos beneficiários, de acordo com o plano de remuneração que livremente pactuaram, constituem uma relação nitidamente econômica e, portanto, consumerista.

Cumprе ressaltar, ainda, para melhor compreensão e fixação do cerne da controvérsia, que a releitura da Súmula 321 do STJ vem, há muito tempo, sendo esboçada e sinalizada pelos órgãos fracionários da Colenda Segunda Seção do STJ, tendo sido consignada, inicialmente, no julgamento do AgRg no AREsp n. 504.022/SC (rel. Min. *LUIS FELIPE SALOMÃO*, Segunda Seção, DJ de 30/09/2014), a tese de que “*é descabida a aplicação do Código de Defesa do*

Consumidor alheia às normas específicas inerentes à relação contratual de previdência privada complementar” e, posteriormente, pela Quarta Turma, foi expressamente ressalvada a possibilidade de revisão da indigitada súmula no âmbito desta Seção Especializada (AgRg no AREsp 666.127/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015).

A matéria exige, portanto, reflexão, o que justificou o presente pedido de vista.

Colhe-se, de balizada doutrina, a necessidade de se fazer, a partir de uma *interpretação sistêmica*, respeitadas as particularidades das relações jurídicas estabelecidas no caso em concreto, *a distinção de regulação das entidades abertas e fechadas de fundos de pensão*.

Distinguem-se, inicialmente, quanto à natureza jurídica.

Pode-se afirmar que as entidades *fechadas* de previdência privada, por força do disposto no art. 31, § 1º, da *Lei Complementar n. 109/2001*, são constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil *sem fins lucrativos*, fiscalizadas e reguladas por órgãos vinculados ao Ministério da Previdência Social, por meio, respectivamente, da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) e do Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPIC).

O objeto destes fundos de pensão compreende a gestão dos recursos financeiros provenientes das contribuições previdenciárias e o seu retorno em benefícios para os seus *participantes*, quando da concessão da *suplementação de aposentadoria*, não se confundindo com a venda de um produto ou serviço.

Por outro lado, as entidades *abertas* de previdência privada são constituídas *unicamente* sob a forma de *sociedades anônimas*, denotando, de forma clarividente, *a exploração de uma atividade estritamente empresarial*, sendo reguladas e fiscalizadas pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), cujo objetivo primordial é a instituição e operação de planos de poupança individual, comercializados a *qualquer pessoa física*, por meio de instituições financeiras ou seguradoras independentes, concedidos na forma de renda continuada ou pagamento único.

Assim, como explicita **PAULO SÉRGIO JOÃO**, professor-doutor da Fundação Getúlio Vargas, “*as entidades abertas de previdência privada estão situadas fora do âmbito do direito previdenciário, tratando-se antes de tudo de uma maneira de poupança individual*”, ao passo que “*as entidades fechadas de previdência privada pertencem ao ramo da previdência social, posto que as condições*

*de funcionamento e o campo de atuação relativamente aos benefícios estão limitadas à legislação previdenciária” (in **Previdência Social Complementar**, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1983, pp. 74/75).*

Logo, como consignou o ilustre relator, “*as operações de previdência privada aberta são realizadas em regime de mercado e resultam em captação de poupança popular. Não há intuito exclusivamente protetivo-previdenciário*”. Diferem, portanto, desde de sua essência, quanto à natureza e o regime jurídico que as regulam.

De fato, são institutos que mais se diferenciam do que se assemelham e, por conseguinte, suas bases fundamentais distintas não podem ser ignoradas.

Em situação análoga e, saliente-se, em muito parecida com a presente tese, o Superior Tribunal de Justiça, no pretérito, ao julgar o *REsp n. 1.121.067/PR*, reconheceu que as *diferenças estruturais* entre os planos de saúde comercializados por operadoras que objetivam o lucro (*empresas de mercado*) e as entidades de autogestão (*planos fechados*) devem ser sopesadas para fins de aplicação, ou não, do Código de Defesa do Consumidor.

Restou consignado pelo insigne relator, o Min. MASSAMI UYEDA, que:

“Dentre os planos de saúde, existe uma categoria a qual pode ser chamada de planos de autogestão ou planos fechados, nos quais não há a presença da comercialização de produtos e a instituição não visa lucros. São planos criados por instituições diversas, governos municipais ou estaduais e empresas, sendo que algumas caixas de assistência existem há décadas e, portanto, anteriores à Lei 9.656/98.

Os planos de autogestão, em geral, são administrados paritariamente e, no seu conselho deliberativo ou de administração, há representantes do órgão ou empresa instituidora e dos associados ou usuários. O objetivo desses planos fechados é baratear o custo, tendo em vista que não visam o lucro e evitam o custo da intermediação.

A participação nos planos de autogestão, por serem fechados, ocorre quando o indivíduo passa a fazer parte do quadro de empregados ou servidores da empresa/órgão que instituiu o plano, tornando-se um associado com direito a votar e ser votado e a exercer cargos dentro da estrutura administrativa.

(...)

Como visto, trata-se de plano de saúde fechado e administrado paritariamente ou de autogestão e sem fins lucrativos. Nestes casos, os regulamentos e normas restritivas que buscam a proteção do equilíbrio atuarial e mensalidades de custo menor, não podem ser vistas como cláusulas contratuais abusivas. *A relação*

jurídica desses planos tem peculiaridades, seja na sua constituição, administração, obtenção de receitas e forma de associar-se, completamente diferentes dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam o lucro.

O tratamento legal a ser dado na relação jurídica entre os associados os planos de saúde de autogestão, os chamados planos fechados, não pode ser o mesmo dos planos comuns, sob pena de se criar prejuízos e desequilíbrios que, se não inviabilizarem a instituição, acabarão elevando o ônus dos demais associados, desrespeitando normas e regulamentos que eles próprios criaram para que o plano se viabilize. Aqueles que seguem e respeitam as normas do plano arcarão com o prejuízo, pois a fonte de receita é a contribuição dos associados acrescida da patronal ou da instituidora." (grifo nosso)

Nessa perspectiva, a finalidade única e precípua de executar planos previdenciários, reconhecida legal e doutrinariamente, com efeito, *exclui os fundos fechados de pensão das regras de mercado dispostas no Código de Defesa do Consumidor*, não cabendo enquadrá-los como fornecedores de serviços, uma vez que todas as contribuições arrecadadas pelos participantes são revertidas em prol dos mesmos por meio da contraprestação de benefícios previdenciários e o patrimônio acumulado é destinado tão-somente para garantir o saldo dos pagamentos dos benefícios aos seus assistidos, não possuindo nenhuma finalidade de comercialização, segundo o regramento próprio contido na LC n. 109/2001.

Passa-se, nesse ponto, por fim, ao exame da questão quanto ao prisma da *vulnerabilidade* do beneficiário/assistido, também determinante pela teoria finalista para a incidência das normas de proteção do consumidor.

A vulnerabilidade, como nos adverte **CLAUDIA LIMA MARQUES**, não pode ser confundida com hipossuficiência (dificuldade de acesso à justiça), mas, pela *teoria do diálogo das fontes*, seu conceito deve ser preenchido de acordo com a relação jurídica material estabelecida entre as partes, mormente da análise do regramento do caso fático pelas leis de regência, para que se possa traçar ou se verificar *objetivamente* a existência de uma *situação desigual* entre os contratantes.

Assim, nas relações constituídas entre os assistidos e as entidades fechadas de previdência complementar, o que se verifica, por força do disposto no art. 11 da Lei Complementar 108/2001, realmente, é o *associativismo* voltado para uma finalidade previdenciária, amparado em uma *gestão participativa* e dotada de objetivos em comum entre os participantes:

Art. 11. A composição do conselho deliberativo, integrado por no máximo seis membros, será paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos

patrocinadores, cabendo a estes a indicação do conselheiro presidente, que terá, além do seu, o voto de qualidade.

§ 1º. A escolha dos representantes dos participantes e assistidos dar-se-á por meio de eleição direta entre seus pares.

Tanto é que os benefícios pagos pelas entidades fechadas de previdência privada estão fixados no regulamento do plano que, para ser alterado, depende de aprovação do conselho deliberativo, cuja composição necessariamente deverá integrar representantes eleitos pelos participantes e assistidos (art. 13, I, da LC n. 108/2001).

É assegurado, legalmente, ainda, quando verificado o resultado *superavitário* dos planos de benefícios das entidades fechadas e constituída a reserva especial de contingência, a revisão do benefício aferido pelo assistido, *mediante a redução da contribuição* (art. 20, § 3º, da LC n. 109/2001), ou seja, o lucro auferido pela entidade é revertido a seu favor. E, se *deficitário*, o resultado negativo será *equacionado* por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sendo-lhes, ainda, *assegurado o direito de ação regressiva* contra dirigentes ou terceiros que derem causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar (art. 21 da LC n. 109/2001).

A relação jurídica material é de *paridade* entre os participantes dos fundos fechados de pensão (patrocinadora e assistidos).

Não há, portanto, que se falar em vulnerabilidade do beneficiário dos fundos *fechados* de pensão complementar se as *leis de regência* expressamente atribuem ao assistido a possibilidade de ser um gestor do fundo de pensão, ou seja, um de seus administradores, colocando-o, sempre, quanto à capacidade deliberativa e decisória, em *igualdade* à patrocinadora.

Corroborando a tese acima descrita, a professora **ADA PELLEGRINI GRINOVER** também é categórica em afirmar que:

Com efeito, nas entidades de previdência fechada, os integrantes ou partícipes deliberam sobre seus destinos ou sobre o destino do grupo, o que rigorosamente seria, como é, incompatível com a qualidade de consumidores”, explicitando, para tanto, que “os membros do fundo são, na verdade, pessoas que se encontram vinculadas por uma situação de carência - para usar expressão colhida em doutrina já citada - que as une; carência de recursos para o momento em que se aposentarem. Dá a busca de soma de esforços para benefício conjunto. Não há, portanto, o que se possa qualificar propriamente como uma relação de subordinação. Não há, tampouco, hipossuficiência ou vulnerabilidade. Se os partícipes são frágeis,

ostentam essa qualidade diante do risco comum de padecerem de falta de recursos quando vierem a se aposentar. conforme já amplamente demonstrado, a 'mediação' ou gestão do fundo não faz do gestor um fornecedor dos serviços destinados aos que o integram e mesmo a remuneração pela administração do fundo só pode ser entendida como despesa do próprio fundo, analogamente ao que ocorre com o associado em uma associação ou com o condômino em um condomínio.

Tal particularidade foi destacada pelo ilustre Ministro MASSAMI UYEDA, em seu artigo doutrinário intitulado **Reflexões sobre Complementação de Aposentadoria**, no qual expressamente assevera que *“a paridade na administração e a ausência de fins mercantilistas da previdência fechada (fundos de pensão) retiram dos associados ou participantes a condição de meros consumidores, como é o caso da previdência privada aberta”* (Revista Justiça & Cidadania, edição n. 133, Editora JC, Brasília, 2011).

Concluindo, como nos adverte a festejada doutrinadora **ADA PELLEGRINI GRINOVER**, coautora do *codex* consumerista, *“não há como subsistir a equiparação das entidades abertas e das fechadas porque se trata de entidades com elementos conceituais distintos. Também não há como sustentar a existência de relação de consumo, inclusive sob pena de inviabilizar o próprio mecanismo em questão”* (in **A Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar**. São Paulo: Editora Cejuprev, 2015, p. 57 - com destaque no original).

Entende-se, assim, revisando o posicionamento antes defendido, que o Código de Defesa do Consumidor, pelos motivos acima alinhavados, *não se aplica às entidades fechadas de previdência complementar*.

2. Excetuada a incidência da legislação consumerista ao caso ora examinado, cumpre, inicialmente, salientar ao ilustre Ministro Relator, quanto à fixação da competência, que o precedente de lavra deste signatário (AgRg no AREsp 667.721/MG) *não pode* ser utilizado na presente hipótese.

Explica-se.

No aludido aresto, ficou claro que, na determinação do foro competente, caberia ao *consumidor*, em respeito ao princípio da facilitação da defesa (*art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.078/90*), optar pelo foro de seu domicílio (artigo 101, inciso I, do código consumerista) ou pelo foro do domicílio do réu ou do local de cumprimento da obrigação (artigo 100 do CPC) ou pelo foro de eleição contratual (artigo 95 do CPC).

É, aliás, o que se extrai de sua ementa ora transcrita:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL.

INSURGÊNCIA DO FUNDO DE PENSÃO.

1. *Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Nos termos da Súmula 321/STJ, o diploma consumerista é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes. Exegese que alcança inclusive os vínculos jurídicos instaurados com as entidades fechadas (os denominados fundos de pensão). Ressalva do entendimento de que a incidência de determinada norma consumerista pode ser afastada quando incompatível com norma específica inerente à relação contratual de previdência complementar (AgRg no AREsp 504.022/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 10.09.2014, DJe 30.09.2014), hipótese não verificada na presente controvérsia.*

2. Foro competente. 2.1. *Cabe ao consumidor optar pelo foro de seu domicílio (artigo 101, inciso I, do código consumerista) ou pelo foro do domicílio do réu ou do local de cumprimento da obrigação (artigo 100 do CPC) ou pelo foro de eleição contratual (artigo 95 do CPC), não podendo, contudo, descartar tais alternativas legais e escolher, aleatoriamente, outro foro "com o fito de furta-se ao juízo estabelecido na lei processual, prejudicar a defesa do réu ou auferir vantagem com a já conhecida jurisprudência do Judiciário estadual favorável ao direito material postulado" (EDcl no AgRg nos EDcl no CC 116.009/PB, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 08.02.2012, DJe 20.04.2012).* 2.2. *Possibilidade de declinação de ofício pelo magistrado, quando constatadas a inobservância do princípio da facilitação da defesa do consumidor ou a escolha arbitrária da parte ou de seu advogado.*

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 667.721/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 15/06/2015)

Na hipótese vertente, *afastada a aplicação da legislação consumerista*, não se tem, por consectário lógico, presente a figura do *consumidor*, razão pela qual resta impossibilitada a solução adotada no citado julgado, pois está excetuada a natureza absoluta da competência em razão da matéria, devendo, no caso, incidir a regra de fixação prevista no art. 94 do Código de Processo Civil, porquanto o reajuste pleiteado deverá incidir no benefício previdenciário aferido pelo assistido (autor da ação), *individualmente considerado*, possuindo, portanto, natureza de *direito pessoal*, tratando-se de competência *territorial e relativa*.

Nesse sentido:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. *REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO AJUIZADA NO JUÍZO FEDERAL DA CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DO DOMICÍLIO DA AUTORA. ART. 109, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA RELATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. SÚMULA 33/STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL.*

1. *A competência prevista no artigo 109, § 3º, da Constituição Federal é relativa, e não pode ser declinada de ofício pelo magistrado, de acordo com a Súmula n. 33/STJ.*

2. Não pode o Juiz Federal, sem provocação do réu, se recusar a ofertar a prestação jurisdicional, quando o segurado optar por ajuizar a demanda previdenciária junto à Justiça Federal em detrimento do ajuizamento junto a Juízo de Direito da Comarca do seu domicílio.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, o suscitado.

(CC 116.919/PE, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2012, DJe 18/09/2012)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. *JULGAMENTO DE AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA RELATIVA. FACULDADE DE ESCOLHA DO JUÍZO PELO BENEFICIÁRIO.*

1. *Sendo a ação de revisão de benefício previdenciário de competência relativa, é facultado ao segurado a escolha entre propor a ação na comarca estadual que exerça competência federal delegada ou na vara federal especializada.*

2. Conflito que se conhece para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Araçatuba - Seção Judiciária de São Paulo, onde a ação foi proposta.

(CC 43.188/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2006, DJ 02/08/2006, p. 225)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. *BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. INCOMPETÊNCIA RELATIVA.*

1 - *Sendo relativa a competência territorial, a declaração de incompetência não pode ser de ofício.*

2 - Conflito conhecido, para declarar a competência da Justiça Federal.

(CC 29.553/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/08/2000, DJ 18/09/2000, p. 90)

Por tal fundamento, o foro previsto no art. 94 do CPC seria o do domicílio do réu, porém, inexistindo qualquer manifestação do fundo fechado de pensão

quanto à modificação da competência originariamente escolhida pelo assistido que, inclusive, sequer apresentou contrarrazões defendendo a alteração do foro de distribuição, deve ser prorrogada a competência do Juízo de Direito da 2.^a Vara Civil da Comarca de Governador Valadares/MG, pois o único argumento jurídico plausível que sustentava a sua declinação, restou, agora, em sede de recurso especial da VALIA, superado.

Saliente-se, ademais, que a ora Recorrente possui foro de eleição contratual no Rio de Janeiro/RJ e expressamente afirmou, tanto no agravo de instrumento interposto na origem quanto no presente apelo nobre, *não ter interesse em exercê-lo*, pleiteando, desde o início, a manutenção da competência da justiça estadual mineira nos exatos termos em que foi escolhida pelo seu participante.

Esta situação fática, cristalizada e imutável nos autos, não pode ser ignorada: *a)* o objeto da ação é um *direito pessoal*, incidindo a regra do art. 94 do CPC; *b)* em momento algum o participante se insurgiu ou sequer peticionou sobre esta modificação de foro; *c)* a comarca mineira é a sede da banca de advogados contratada espontaneamente pelo beneficiário; *d)* o autor não sustentou eventual estado de hipossuficiência; e, por fim, *e)* o *rêu*, mesmo possuindo foro contratual de eleição, manifesta *expressamente* interesse que a demanda se desenvolva no foro de distribuição inicial, *renunciando* um direito seu e aceitando livremente a vontade emanada pelo proponente.

Tem-se, portanto, evidenciado que o foro foi escolhido tanto pelo autor da ação quanto aceito pela acionada, subsistindo a presente discussão única e exclusivamente por conta e obra da jurisdição, o que não é permitido na circunstância em tela por se tratar de competência relativa.

Não há, ainda, no caso em testilha, espaço para discussão se o beneficiário é *hipossuficiente* ou se o foro de eleição é válido, hipóteses as quais justificariam a alteração da competência, devendo ser respeitada a moldura fática que didaticamente demonstra que o melhor caminho para ambos seria a prorrogação da competência originária.

Concluindo, a hipossuficiência *não pode* ser presumida. Para ser declarada, há a necessidade de que o Poder Judiciário tenha sido provocado diretamente pelo interessado, mediante a demonstração concreta do alegado, o que *in casu* não ocorre.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO ENTRE CONCESSIONÁRIA

E MONTADORA DE VEÍCULOS. PRESUNÇÃO DE VALIDADE. ABUSIVIDADE NÃO CARACTERIZADA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DE OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência da Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça encontra-se pacificada no sentido de ser válida a cláusula de eleição de foro, *a qual somente pode ser afastada quando reputada ilícita em razão de especial dificuldade de acesso à justiça ou no caso de hipossuficiência da parte*. Precedentes.

2. A superveniência de sentença de mérito não tem o condão de tornar prejudicado recurso especial contra acórdão em que se discute justamente a competência para o processamento e julgamento da ação.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no REsp 883.201/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – CONTRATO DE VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO (EQUIPAMENTOS MÉDICOS) – CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO – COMPETÊNCIA RELATIVA – DECLINAÇÃO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE – ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OBSTÁCULOS SUBJETIVOS – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – RELAÇÃO DE CONSUMO – EXAME EM SEDE DE COGNIÇÃO PLENA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COMPETENTES – INOCORRÊNCIA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – INADMISSIBILIDADE – PRECEDENTES.

1 – *A Segunda Seção deste Colegiado pacificou entendimento acerca da não-abusividade de cláusula de eleição de foro constante de contrato referente à aquisição de equipamentos médicos de vultoso valor. Mesmo em se cogitando da configuração de relação de consumo, não se haveria falar na hipossuficiência do adquirente de tais equipamentos, presumindo-se, ao revés, a ausência de dificuldades ao respectivo acesso à Justiça e ao exercício do direito de defesa perante o foro livremente eleito.*

2 – A solitária condição de a eleição do foro ter se dado em contrato não acarreta a nulidade dessa cláusula, sendo imprescindível a constatação de cerceamento de defesa e de hipossuficiência do aderente para sua inaplicação, inócurretes na hipótese em tela.

3 – A questão da hipossuficiência do recorrente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias competentes em sede de processo de conhecimento completado, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de inadmissível supressão de instância.

4 – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 540.054/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2006, DJ 19/03/2007, p. 354)

Entende-se, pois, que é aplicável, na presente situação, o enunciado da Súmula 33 do STJ (“*A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*”).

3. Ante o exposto, rogando vênia ao ilustre Ministro Relator, *dou provimento* ao recurso especial para afastar no caso concreto a aplicação da legislação consumerista e, conseqüentemente, manter a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares/MG para processar e julgar a presente ação.

É como voto.



Súmula n. 564

SÚMULA N. 564

No caso de reintegração de posse em arrendamento mercantil financeiro, quando a soma da importância antecipada a título de valor residual garantido (VRG) com o valor da venda do bem ultrapassar o total do VRG previsto contratualmente, o arrendatário terá direito de receber a respectiva diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos pactuados.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 6.099/1974, art. 1º, parágrafo único.

Lei n. 7.132/1983, art. 1º, I.

Resolução-Bacen n. 2.309/1996, arts. 5º e 7º, VII, a, do anexo.

Portaria-MF n. 564/1978, item 2.

Súmula n. 293-STJ.

Precedentes:

(*)REsp	1.099.212-RJ	(2ª S, 27.02.2013 – DJe 04.04.2013) – acórdão publicado na íntegra
AgRg no AREsp	410.653-DF	(3ª T, 19.11.2013 – DJe 04.12.2013)
AgRg no AREsp	380.080-SP	(3ª T, 19.03.2015 – DJe 27.03.2015)
AgRg no AREsp	606.990-SP	(3ª T, 18.06.2015 – DJe 04.08.2015)
AgRg no AREsp	480.694-ES	(4ª T, 27.05.2014 – DJe 03.06.2014)
EDcl no		
AgRg no AREsp	265.199-MS	(4ª T, 19.08.2014 – DJe 05.09.2014)
AgRg no AREsp	480.697-DF	(4ª T, 14.10.2014 – DJe 28.10.2014)

(*) Recurso repetitivo.

Segunda Seção, em 24.2.2016

DJe 29.2.2016

RECURSO ESPECIAL N. 1.099.212-RJ (2008/0233515-4)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Recorrente: Affonso Pernet e Nair Ventura Advogados
Advogado: Sandro Gaspar Amaral e outro(s)
Recorrido: Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil
Advogado: Jorge Luís Freitas de Faria e outro(s)
Interes.: Banco Central do Brasil - "Amicus Curiae"
Advogado: Procuradoria-Geral do Banco Central
Interes.: Federação Brasileira de Bancos FEBRABAN - "Amicus Curiae"
Advogado: Luciano Correa Gomes e outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. REPETITIVO. RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC. ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING. INADIMPLEMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. VALOR RESIDUAL GARANTIDOR (VRG). FORMA DE DEVOLUÇÃO.

1. Para os efeitos do artigo 543-C do CPC: "*Nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais*".

2. Aplicação ao caso concreto: recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrichi acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Ricardo Villas

Bôas Cueva e conhecendo em parte do recurso para, nesta parte, negar-lhe provimento, a Segunda Seção, por maioria, conhecer, em parte, do recurso, e, nesta parte, negar-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Relator, Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi, que lhe davam parcial provimento.

Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, foi fixada a seguinte tese: “Nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais”.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Votaram com o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em sessão anterior, os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira, e, nesta sessão, em voto-vista, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Vencidos os Srs. Ministros Massami Uyeda (Relator), Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 4.4.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por AFFONSO PERNET E NAIR VENTURA ADVOGADOS fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal.

Historiam os autos que SAFRA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL ajuizou ação de reintegração de posse, com pedido de liminar, em desfavor de AFFONSO PERNET E NAIR VENTURA ADVOGADOS sob o argumento que firmou com o réu contrato de arrendamento mercantil de produtos de informática, com antecipação do valor residual garantido - VRG, tendo o réu inadimplido algumas parcelas (fls. 2/5).

Deferida a liminar (fl. 25), operacionalizou-se a reintegração de posse (fl. 83).

Processado o feito, a MM Juíza julgou procedente o pedido, “*para reintegrar, definitivamente, o autor na posse plena dos bens descritos às fls. 03 da peça inicial.*” (fl. 136), sentença essa mantida pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LEASING. EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. POSSIBILIDADE. INADIMPLÊNCIA DEVIDAMENTE COMPROVADA. O VALOR RESIDUAL GARANTIDO FOI PAGO ANTECIPADAMENTE EM RAZÃO DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL FIRMADO DE MANEIRA LIVRE E ESPONTÂNEA PELAS PARTES, O QUE TORNA SUA DEVOLUÇÃO INEXIGÍVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS CORRETAMENTE. ARGUIÇÃO DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA QUE SE REJEITA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.” (fl. 165)

Contra esse julgado AFFONSO PERNET E NAIR VENTURA ADVOGADOS interpôs recurso especial, fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal em que se alega violação dos artigos 20, § 4º e 400 do CPC; 368 do CC e divergência jurisprudencial (fls. 172/188).

Sustenta o recorrente, em síntese, cerceamento de defesa ante o indeferimento da prova testemunhal requerida. Aduz, também, que com a reintegração de posse do bem arrendado pelo arrendador, a quantia paga antecipadamente a título de valor residual garantido - VRG deve ser restituído, ou compensado com o seu débito. Por fim, assevera que nas ações sem condenação os ônus sucumbenciais não podem ter como base de cálculo o valor da causa.

Apresentadas contrarrazões, defende o recorrido que os artigos 400 do CPC e 368 do CC não estão prequestionados, a ausência de cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigma e que a pretensão do recorrente enseja o reexame do conjunto fático probatório (fls. 247/251).

Admitido o apelo nobre pelo Juízo Prévio de Admissibilidade (fls. 253/254), ele foi selecionado como representativo da controvérsia, nos termos da Resolução n. 8 do Superior Tribunal de Justiça (fl. 256).

Distribuído o feito para este Relator, verificou-se o preenchimento dos seus requisitos de admissibilidade, razão pela qual teve início o procedimento referente aos recursos repetitivos, afetando-se o processo para a egrégia Segunda Seção deste colendo Superior Tribunal de Justiça (fl. 263/264).

Realizadas as comunicações de praxe (fl. 266), os autos foram encaminhados para o Ministério Público Federal, que, pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Durval Tadeu Guimarães, se manifestou pela desnecessidade de atuação do Ministério Público na causa (fls. 269/270).

Petição da Associação Brasileira das Empresas de Leasing - ABEL, às fls. 273/297.

Na qualidade de *amicus curiae*, o Banco Central e a FEBRABAN apresentaram seus argumentos (fls. 408/433 e 437/439).

Vieram os autos conclusos (fl. 480).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA - LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO - HONORÁRIO SUCUMBENCIAL - SENTENÇA SEM CONDENAÇÃO - ARTIGO 20, § 4º DO CPC - BASE DE CÁLCULO - VALOR DA CAUSA - POSSIBILIDADE - MATÉRIA AFETADA COMO REPRESENTATIVA DA CONTROVÉRSIA - *LEASING* - REINTEGRAÇÃO DE POSSE DO BEM AO ARRENDANTE - VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG) PAGO ANTECIPADAMENTE - DEVOLUÇÃO AO ARRENDATÁRIO - NECESSIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O indeferimento da produção de prova testemunhal não consubstancia cerceamento de defesa, na hipótese do magistrado, destinatário desta, a considerar despicienda para o deslinde da controvérsia.

2. O magistrado, quando da fixação da verba honorária, em sentença sem preceito condenatório, e, portanto, amparada no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, pode eleger, como base de cálculo, tanto o valor da causa, como arbitrar valor fixo, levando-se em consideração, em qualquer das hipóteses, o caso concreto à luz dos preceitos constantes das alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do referido artigo.

3. Para fins do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consolida-se a tese de que: nos contratos de arrendamento mercantil, *leasing*, retomada a posse direta do bem pela arrendante, extingue-se a possibilidade de o arrendatário adquirir o bem, razão pela qual deve ser devolvido o valor residual pago antecipadamente.

4. Recurso parcialmente provido.

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): Eminentes Ministros componentes desta colenda Segunda Seção.

Este recurso foi encaminhado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro como representativo da controvérsia, nos termos da Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça (fl. 256) e, considerando que ele preenche todos os requisitos de admissibilidade, admitiu-se o seu processamento, afetando-o a este Órgão Julgador.

Inicialmente, analisam-se as questões referentes ao cerceamento de defesa, ante o indeferimento da prova testemunhal requerida e ao ônus sucumbencial, que na ações sem condenação não podem ter como base de cálculo o valor da causa.

Bem de ver, que o indeferimento da produção de prova testemunhal não consubstancia cerceamento de defesa, na hipótese do magistrado, destinatário desta, a considerar despicienda para o deslinde da controvérsia, podendo, inclusive, se a matéria for unicamente de direito, ou se de fato e de direito, for desnecessária a produção de prova em audiência.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes: AgRg no Ag 616.537/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Terceira Turma, DJe 12/11/2009; AgRg no Ag 677.417/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, DJ 19.12.2005 e AgRg no REsp 767.738/MT, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ 08.05.2006.

Destaca-se que, na espécie, as Instâncias ordinárias, aferiram a desnecessidade da produção de provas. É o que se denota do acórdão recorrido, *in verbis*:

“Vale sublinhar que a ré argüi a preliminar de cerceamento de defesa por ter a Juíza monocrática negado a produção de prova oral que foi requerida para provar que a autora buscou e apreendeu equipamentos de informática que eram de propriedade da apelante.

Acontece que esta alegação é de todo improcedente, uma vez que todos os equipamentos apreendidos o foram na presença do sócio principal da ré, que exarou ciente na contra-fé que lhe foi apresentada pelo oficial de justiça, sem fazer qualquer ressalva quanto a estarem sendo apreendidos equivocadamente equipamentos de sua propriedade e que não lhe foram arrendados pela autora.

Evidente que o objetivo da ré ao requerer esta prova oral, cuja produção foi negada, é o de fundamentar pedido indenizatório no bojo destes autos, sendo certo que tal pleito deve ser deduzido em ação própria." (fls. 167/168)

Não há que se falar, portanto, em cerceamento de defesa.

Quanto aos honorários sucumbenciais, anota-se que, na esteira da jurisprudência deste Tribunal Superior, o magistrado, quando da fixação da verba honorária, em sentença sem preceito condenatório, e, portanto, amparada no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, pode eleger, como base de cálculo, tanto o valor da causa, como arbitrar valor fixo, levando-se em consideração, em qualquer das hipóteses, o caso concreto à luz dos preceitos constantes das alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do referido preceito legal. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: AgRg no Ag 1.379.424/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 02/04/2012; AgRg no REsp 894.568/MS, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 19/12/2011 e EAg 1.358.523/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, CORTE ESPECIAL, DJe 15/12/2011, este assim ementado, no que interessa:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. QUANTUM. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE APLICOU A SÚMULA 7/STJ. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 315/STJ. CRITÉRIO DE EQUIDADE. BASE DE CÁLCULO. NÃO INCIDÊNCIA DA LIMITAÇÃO MÍNIMA E MÁXIMA DO § 3º DO MESMO ARTIGO. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ. EMBARGOS REJEITADOS.

1. (...)

2. (...)

3. *A Corte Especial pacificou o entendimento segundo o qual "não se aplicam os limites máximo e mínimo previstos no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, tampouco há obrigatoriedade de que a imposição da verba honorária incida sobre o valor da condenação. Com efeito, pode-se adotar como base de cálculo ou o valor da condenação ou o valor da causa, ou ainda pode-se arbitrar valor fixo" (AgRg nos EREsp 1.010.149/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Corte Especial, DJe 7/6/11).*

4. (...).

5. *Embargos de divergência rejeitados."*

Destarte, não merece reparos a sentença que, sem condenação, fixou os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa.

Frisa-se, por oportuno, que não foi objeto do recurso especial o *quantum* arbitrado a título de honorários advocatícios, mas tão-somente a legalidade de fixa-los com base no valor da causa em ação que não houve condenação.

Superadas essas questões, passa-se à matéria central do apelo nobre, responsável pela sua afetação como recurso representativo da controvérsia, qual seja: a obrigação do arrendador devolver as quantias pagas antecipadamente a título de Valor Residual Garantido - VRG, nos casos em que o produto objeto do *leasing* for apreendido.

O arrendamento mercantil está assim definido no parágrafo único do artigo 1º da Lei 6.099/74:

"Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta."

Ou seja, arrendamento mercantil é a cessão do uso de um bem, por um determinado prazo, mediante contrato, pelo qual, via de regra, a instituição financeira (arrendante) adquire um bem escolhido pelo cliente (arrendatário) e, em seguida, o aluga a este último. Ao término do contrato o arrendatário pode optar por renová-lo por mais um período, por devolver o bem arrendado à arrendadora ou dela adquirir o bem, pelo valor de mercado ou por um valor residual garantido previamente definido no contrato.

Nada impede, todavia, que esse valor residual garantido - VRG seja pago antecipadamente, diluído nas parcelas referente à locação do bem. Dessa forma, ao final do contrato, optando o arrendatário em adquirir a coisa, não terá que desembolsar qualquer valor, pois ele já o fez durante o arrendamento.

No ponto, destaca-se, por oportuno, que este Tribunal já sumulou a tese de que "*A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.*" (Súmula 263/STJ).

Ocorre que, em caso de inadimplência do arrendatário, poderá o arrendante, na qualidade de proprietário do bem locado, ajuizar ação de reintegração de posse, retomando a posse direta do bem arrendado e resolvendo o *leasing*. Nesse caso, questiona-se: o valor residual garantido - VRG, pago antecipadamente e

que seria utilizado caso o arrendatário opta-se pela compra do bem arrendado, deve ser devolvido ao arrendatário ou retido pelo arrendante?

O Superior Tribunal de Justiça, instado a se manifestar acerca do tema, prolatou entendimento no sentido de que: “*retomada a posse direta do bem pela arrendante, por meio da ação de reintegração de posse, extingue-se a possibilidade de o arrendatário adquirir o bem. Por conseguinte, deve ser devolvido o valor residual pago antecipadamente.*” (REsp 373.674/PR, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, DJ 16/11/2004).

Desde então, esse fundamento vem sendo reiteradamente aplicado nos recursos especiais que ascendem a esta Corte. A jurisprudência consolidou-se no âmbito das Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. DEVOLUÇÃO DO VRG. - É possível a devolução do VRG, pago antecipadamente, após a resolução do contrato de arrendamento mercantil e desde que restituído o bem na posse da arrendante. Precedentes.- Agravo não provido.” (AgRg no REsp 1.312.056/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, *Terceira Turma*, DJe 26/06/2012)

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. COMPENSAÇÃO DO VALOR DO VRG COM CRÉDITO REMANESCENTE. POSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. 1.- (...). 2.- (...).

3.- ‘Diante da resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário, é devida a devolução do chamado VRG, pago antecipadamente, à conta de ser uma conseqüência da reintegração do bem, assim como a compensação deste com eventual crédito existente em favor da empresa arrendante.’ (REsp 373.674/PR, Rel. Min. CASTRO FILHO, DJ 16.11.2004) 4.- (...). 5.- Agravo Regimental improvido.” (AgRg no AREsp 178.803/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, *Terceira Turma*, DJe 27/06/2012)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 6º DA LINDB (ANTIGA LICC). MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG) PAGO ANTECIPADAMENTE. DEVOLUÇÃO. PRECEDENTES. 1. (...). 2. Com a resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário e a consequente reintegração do

bem na posse da arrendadora, é devido o cumprimento das parcelas vencidas e não pagas até a efetiva entrega do bem pelo arrendatário, ressalvada a devolução ou compensação dos valores pagos antecipadamente a título de VRG. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 38.824/SC, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 01/08/2012)

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO. RESOLUÇÃO. BEM. DEVOLUÇÃO. VRG. RESTITUIÇÃO. PRECEDENTES. MONTANTE. APURAÇÃO. LIQUIDAÇÃO. SÚMULA N. 284-STF. NÃO PROVIMENTO. 1. Resolvido o contrato de arrendamento mercantil e devolvido o bem arrendado à instituição financeira, é devida a restituição do VRG ao arrendatário. Precedentes. 2. (...). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 1.44.480/MG, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 23/05/2012)

“CONTRATOS E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CDC. POSSIBILIDADE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. LEASING. DEVOLUÇÃO DO BEM ARRENDADO. RESTITUIÇÃO DO VRG PAGO ANTECIPADAMENTE. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÕES RECURSAIS DESASSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 7/STJ. 1. (...). 2. Com a resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário e a consequente reintegração do bem na posse da arrendadora, faz-se devido o cumprimento das parcelas vencidas e em aberto até a retomada do bem pelo arrendatário, ressalvando seu direito quanto à devolução ou compensação em seu favor dos valores pagos antecipadamente a título de VRG. A diluição do valor residual ao longo do prazo contratual, cuja cobrança é feita juntamente com as parcelas das contraprestações, não impede que o arrendatário, por sua livre opção e interesse, desista da compra do bem objeto do contrato de leasing. Retomada a posse direta do bem pela arrendadora, extingue-se a possibilidade de o arrendatário exercer a opção da compra; por conseguinte, o valor residual, que antecipadamente vinha sendo pago para essa finalidade, deve ser devolvido. Precedentes. 3. (...). 5. (...). 6. Agravo regimental não provido.” (AgRg no Ag 1.383.974/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 01/02/2012)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - LEASING - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL - VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG) - DEVOLUÇÃO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - LICITUDE NA COBRANÇA, DESDE QUE NÃO CUMULADA COM JUROS REMUNERATÓRIOS, CORREÇÃO MONETÁRIA OU ENCARGOS DA MORA - INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - SÚMULA N. 7/STJ - RECURSO IMPROVIDO.” (AgRg no Ag 1.332.504/SC, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 23/05/2011)

“CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CARÁTER DÚPLICE. CONTESTAÇÃO. PEÇA ESSENCIAL. AUSÊNCIA. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. VRG. DEVOLUÇÃO OU COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. IMPROVIMENTO. I. (...). II. (...). III. Com a resolução do contrato e a reintegração do bem na posse da arrendadora, possível a devolução dos valores pagos a título de VRG à arrendatária ou sua compensação com o débito remanescente. Precedentes. IV. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, improvido este.” (AgRg no Ag 1.236.127/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 01/12/2010)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. CONTRATO BANCÁRIO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DE PARTE DAS QUANTIAS PAGAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. (...). 2. A rescisão do contrato de arrendamento mercantil em face do inadimplemento do arrendatário não confere a este o direito de restituição das prestações por ele adimplidas, ressalvado o que foi pago a título de valor residual garantido - VRG. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá provimento.” (EDcl no REsp 957.687/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 19/08/2010)

Ainda, as decisões monocráticas proferidas pela maioria dos componentes desta c. Segunda Seção corrobora a pacificação do tema:

Ministro Sidnei Beneti: Ag 1.394.762, publicado em 08/08/2012; AREsp 134.711, publicado em 21/03/2012; AREsp 068.755, publicado em 25/11/2011; Ag 1.419.949, publicado em 03/11/2011; Ag 1.359.353, publicado em 16/05/2011 e REsp 1.243.889, publicado em 08/04/2011, entre outros.

Ministra Nancy Andrighi: AREsp 093.722, publicado em 07/02/2012; Ag 1.250.221, publicada em 14/05/2010; Ag 1.187.678, publicado em 23/10/2009; REsp 1.100.723, publicado em 13/08/2009; REsp 1.094.616, publicado em 15/04/2009 e REsp 1.094.582, publicado em 15/04/2009, entre outros.

Ministro Massami Uyeda: AREsp 039.723, publicado em 14/08/2012; AREsp 026.708, publicado em 14/08/2012; REsp 1.285.333, publicado em 07/11/2011; REsp 1.260.098, publicado em 11/10/2011; AREsp 006.176, publicado em 08/09/2011 e Ag 1.401.221, publicado em 02/06/2011, dentre outros.

Ministro Luis Felipe Salomão: REsp 1.301.291, publicado em 03/04/2012; AREsp 007.187, publicado em 28/06/2011; Ag 1.322.521, publicado em 30/03/2011; Ag 1.205.819, publicado em 17/02/2011; Ag 1.076.858, publicado em 17/02/2011 e Ag 827.623, publicado em 30/09/2009, entre outros.

Ministro Raul Araújo: AREsp 090.327, publicado em 16/08/2012; REsp 871.004, publicado em 06/08/2012; AREsp 093.048, publicado em 03/04/2012; AREsp 016.547, publicado em 07/03/2012; AREsp 038.824, publicado em 14/02/2012 e Ag 1.233.380, publicado em 20/06/2011.

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: AREsp 041.430, publicado em 22/08/2012; REsp 1.214.389, publicado em 18/05/2012; Ag 1.356.195, publicado em 03/10/2011; REsp 954.053, publicado em 09/06/2011 e REsp 930.124, publicado em 16/05/2011.

Ministra Maria Isabel Gallotti: REsp 1.129.894, publicado em 05/12/2011.

Da vasta pesquisa jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, não foram encontrados precedentes da matéria exarados pelos Excelentíssimos Ministros Antônio Carlos Ferreira e Marco Buzzi. O Excelentíssimo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, por sua vez, entendeu por bem dar provimento aos agravos de instrumento sob sua relatoria, em que se discutia a tese, para melhor exame.

Enfim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está pacificada no sentido de que retomada a posse direta do bem pela arrendante, por meio da ação de reintegração de posse, extingue-se a possibilidade de o arrendatário adquirir o bem, devendo ser-lhe devolvido o valor residual pago antecipadamente. Negar-se essa possibilidade ao arrendatário acarretaria, inclusive, enriquecimento ilícito da arrendante.

Por fim, é oportuno consignar que não se olvida o que fora decidido pela Corte Especial nos autos EREsp n. 213.828/RS, Relator para Acórdão o Ministro Edson Vidigal, no qual, durante os debates foram feitas considerações acerca das consequências da retomado do bem arrendado pelo arrendador ou pela não opção de compra pelo arrendatário. Todavia, ao sentir deste Julgador, essas considerações não tem o condão de influenciar neste julgamento, pois, a uma, naquela oportunidade o objeto dos embargos de divergência era se o pagamento antecipado do valor residual garantido – VRG descaracterizaria o *leasing*, enquanto neste julgamento decide-se o destino do VRG nos casos em que o bem retorna ao arrendador; a duas, observa-se que o pronunciamento da Corte Especial ocorreu em setembro de 2003, enquanto a jurisprudência ora sob o crivo do procedimento dos recursos repetitivos começou a ser construída em novembro de 2004.

Destarte, tendo o e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afetado os autos como representativo da controvérsia (§ 1º do art. 543-C do CPC),

submete-se à apreciação deste Colegiado a consolidação, pelo procedimento dos recursos repetitivos, da seguinte tese: nos contratos de arrendamento mercantil, *leasing*, retomada a posse direta do bem pela arrendante, extingue-se a possibilidade de o arrendatário adquirir o bem, razão pela qual deve ser devolvido o valor residual pago antecipadamente.

Aplicando-se esse enunciado ao caso concreto, verifica-se que o acórdão recorrido diverge do entendimento agora adotado por esta Corte.

Assim, para fins do artigo 543-C do CPC, consolida-se a tese de que, nos contratos de arrendamento mercantil, *leasing*, retomada a posse direta do bem pela arrendante, extingue-se a possibilidade de o arrendatário adquirir o bem, razão pela qual deve ser devolvido o valor residual pago antecipadamente. E, no caso concreto, dá-se parcial provimento ao recurso especial, para determinar a devolução do valor residual pago antecipadamente.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: A controvérsia em exame foi assim relatada pelo eminente Ministro relator:

“Cuida-se de recurso especial interposto por AFFONSO PERNET E NAIR VENTURA ADVOGADOS fundamentado no artigo 105, inciso III alíneas ‘a’ e ‘c’, da Constituição Federal.

Historiam os autos que SAFRA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL ajuizou ação de reintegração de posse, com pedido de liminar, em desfavor de AFFONSO PERNET E NAIR VENTURA - ADVOGADOS sob o argumento que firmou com o réu contrato de arrendamento mercantil de produtos de informática, com antecipação do valor residual garantido - VRG, tendo o réu inadimplido algumas parcelas (fls. 2/5).

Deferida a liminar (fl. 25), operacionalizou-se a reintegração de posse (fl. 83).

Processado o feito, a MM Juíza julgou procedente o pedido, ‘para reintegrar, definitivamente, o autor na posse plena dos bens descritos às fls. 03 da peça inicial.’ (fl. 136), sentença essa mantida pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão assim ementado:

‘APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LEASING. EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. POSSIBILIDADE. INADIMPLÊNCIA DEVIDAMENTE COMPROVADA. O VALOR RESIDUAL GARANTIDO FOI PAGO ANTECIPADAMENTE EM RAZÃO DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL

FIRMADO DE MANEIRA LIVRE E ESPONTÂNEA PELAS PARTES, O QUE TORNA SUA DEVOLUÇÃO INEXIGÍVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS CORRETAMENTE. ARGUIÇÃO DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA QUE SE REJEITA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.' (fl. 165)

Contra esse julgado AFFONSO PERNET E NAIR VENTURA ADVOGADOS interpôs recurso especial, fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal, em que se alega violação dos artigos 20, § 4º, e 400 do CPC; 368 do CC e divergência jurisprudencial (fls. 172/188).

Sustenta o recorrente, em síntese, cerceamento de defesa ante o indeferimento da prova testemunhal requerida. Aduz, também, que com a reintegração de posse do bem arrendado pelo arrendador, a quantia paga antecipadamente a título de valor residual garantido - VRG deve ser restituído, ou compensado com o seu débito. Por fim, assevera que nas ações sem condenação os ônus Sucumbenciais não podem ter como base de cálculo o valor da causa.

Apresentadas contrarrazões, defende o recorrido que os artigos 400 do CPC e 368 do CC não estão prequestionados, a ausência de cotejo analítico entre os acordãos recorrido e paradigma e que a pretensão do recorrente enseja o reexame do conjunto fático probatório (fls. 247/251).

Admitido o apelo nobre pelo Juízo Prévio de Admissibilidade (fls. 253/254), ele foi selecionado como representativo da controvérsia, nos termos da Resolução n. 8 do Superior Tribunal de Justiça (fl. 256).

Distribuído o feito para este Relator, verificou-se o preenchimento dos seus requisitos de admissibilidade, razão pela qual teve início o procedimento referente aos recursos repetitivos, afetando-se o processo para a egrégia Segunda Seção deste colendo Superior Tribunal de Justiça (fl. 263/264).

Realizadas as comunicações de praxe (fl. 266), os autos foram encaminhados para o Ministério Público Federal, que, pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Durval Tadeu Guimarães, se manifestou pela desnecessidade de atuação do Ministério Público na causa (fls. 269/270).

Petição da Associação Brasileira das Empresas de Leasing - ABEL, às fls. 273/297.

Na qualidade de amicus curie, o Banco Central e a FEBRABAN apresentaram seus argumentos (fls. 408/433 e 437/439).

Vieram os autos conclusos (fl. 480)."

No julgamento de 26.9.2012, o ilustre Ministro relator pronunciou voto assim ementado:

"RECURSO ESPECIAL - INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA - LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO - HONORÁRIO SUCUMBENCIAL - SENTENÇA SEM CONDENAÇÃO -

ARTIGO 20, §4º, DO CPC - BASE DE CÁLCULO - VALOR DA CAUSA - POSSIBILIDADE - MATÉRIA AFETADA COMO REPRESENTATIVA DA CONTROVÉRSIA - LEASING - REINTEGRAÇÃO DE POSSE DO BEM AO ARRENDANTE - VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG) PAGO ANTECIPADAMENTE DEVOLUÇÃO AO ARRENDATÁRIO - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO.

71. O indeferimento da produção de prova testemunhal não consubstancia cerceamento de defesa, na hipótese do magistrado, destinatário desta, a considerar despcienda para o deslinde da controvérsia.

2. O magistrado, quando da fixação da verba honorária, em sentença sem preceito condenatório, e, portanto, amparada no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, pode eleger, como base de calculo, tanto o valor da causa, como arbitrar valor fixo, levando-se em consideração, sem qualquer das hipóteses, o caso concreto à luz dos preceitos constantes das alíneas 'a', 'b' e 'c' do § 3º do referido artigo.

3. Para fins do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consolida-se a tese de que: nos contratos de arrendamento mercantil, leasing, retomada a posse direta do bem pela arrendante, extingue-se a possibilidade de o arrendatário adquirir o bem, razão pela qual deve ser devolvido o valor residual pago antecipadamente.

4. Recurso provido."

Na oportunidade, pedi vista antecipada para melhor análise do tema.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, no tocante às violações relacionadas à possibilidade de fixação dos honorários advocatícios com base no valor da causa mesmo nas demandas em que não há condenação (art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil - CPC) e à ocorrência de cerceamento de defesa (400 do CPC), tenho como bem lançadas as razões para se negar provimento ao apelo especial, motivo pelo qual acompanho, nesses pontos, o Ministro Relator.

Todavia, no que diz respeito à questão central do recurso, isto é, a possibilidade de devolução do Valor Residual Garantido - VRG ao arrendante nos casos de retomada do bem por inadimplemento, a ser analisada pela sistemática dos chamados recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), peço vênia para divergir, propondo solução diversa daquela apresentada pelo e. Ministro relator.

Da natureza e da finalidade do VRG na jurisprudência do STJ

Como se sabe, as características do contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) foram discutidas com muita profundidade no julgamento do

EREsp n. 213.828/RS, em 7.5.2003, pela Corte Especial, quando se decidiu contrariamente à Súmula n. 263/STJ (“*A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação*”).

Tal julgamento deu ensejo, posteriormente, à edição da Súmula n. 293/STJ, vazada em sentido diametralmente oposto ao antigo enunciado: “*A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil*” (grifou-se).

O julgado recebeu a seguinte ementa:

“ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING. ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO. DESCARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA CONTRATUAL PARA COMPRA E VENDA À PRESTAÇÃO. LEI 6.099/94, ART. 11, § 1º. NÃO OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA SÚMULA 263/STJ.

1. O pagamento adiantado do Valor Residual Garantido - VRG não implica necessariamente antecipação da opção de compra, posto subsistirem as opções de devolução do bem ou prorrogação do contrato. Pelo que não descaracteriza o contrato de leasing para compra e venda à prestação.

2. Como as normas de regência não proíbem a antecipação do pagamento da VRG que, inclusive, pode ser de efetivo interesse do arrendatário, deve prevalecer o princípio da livre convenção entre as partes.

3. Afastamento da aplicação da Súmula 263/STJ.

4. Embargos de Divergência acolhidos.”

(EREsp n. 213.828/RS, Relator para o acórdão Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 7/5/2003, DJ 29/9/2003)

Do voto do Relator, seguido pela maioria dos ministros, com destaque para os pronunciamentos minuciosos dos Ministros José Augusto Delgado e Sálvio de Figueiredo Teixeira, quanto à finalidade do VRG, extrai-se:

“(…)

Tem-se, pois, que o Valor Residual Garantido não se refere diretamente à Opção de Compra.

Cabe ao arrendador a recuperação do valor empregado para a obtenção empresarial.

Após o término do pagamento das parcelas, tem o arrendatário a opção de comprar o bem, tendo que pagar o Valor Residual previamente estabelecido. Se ele não quiser optar pela compra, nem renovar o contrato, deve devolver o bem ao

arrendador, que terá como uma garantia mínima por parte do arrendatário o Valor Residual Garantido, na venda do bem a um terceiro.

Assim, se o bem for vendido por um preço equivalente ao VRG, nada se tem a acertar; caso vendido por um valor inferior, deverá o arrendatário pagar a diferença à arrendadora.

A antecipação do pagamento do valor residual não implica necessariamente na opção de compra, haja vista que, se no término do contrato, o arrendatário não se interessar pela compra, por se encontrar o bem com tecnologia superada ou por qualquer outro motivo, terá a quantia devolvida ou não, de acordo com o preço que o bem for vendido a um terceiro. Caso vendido pelo mesmo valor do VRG ou por preço superior, será totalmente devolvido ao arrendatário o valor do VRG por ele antecipado; caso vendido por valor inferior, receberá o arrendatário apenas a diferença.

Portanto, a antecipação não implica necessariamente na opção de compra."

A partir desse excerto, é possível constatar ter a Corte muito bem assentado o entendimento de que o VRG pago antecipadamente não constitui propriamente pagamento prévio, antecipado ou diluído com as prestações, do bem arrendado, a servir na opção de compra manifestada pelo arrendatário ao final do contrato, mas, sim, de um valor mínimo garantido ao arrendador no caso de não exercida dita opção.

Veja-se, a propósito, o voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

"(...)

Na prática, o adiantamento do VRG não retira a possibilidade de, ao final do prazo do contrato, ocorrer a sua renovação ou a devolução do bem.

Apenas representa uma garantia para o arrendante que, com a finalidade de atender aos interesses do arrendatário, adquire bem durável, com alta probabilidade de deterioração.

Quanto à incompatibilidade da contratação e do adiantamento do VRG com a causa econômica desse negócio jurídico, o desembolso antecipado de todos os valores, mas de forma parcelada, antes do término do contrato, não é feita com característica de definitividade até a opção de compra, posto que, apenas se exercida essa opção, passará ela a pertencer ao arrendante. Ocorrendo a hipótese de renovação contratual a importância deverá ser devolvida ao arrendatário; e se houver a venda do bem a terceiro, a diferença entre o VRG e o valor obtido com a venda deverá ser igualmente repassada ao arrendatário. Isso decorre automaticamente da sistemática contratual.

Trata-se aqui, portanto, apenas de definir quem ficará com a guarda dos valores em caráter provisório até o momento do desfecho da avença. Se se permitir o

adiantamento do VRG sem que haja a descaracterização do **leasing**, estaremos dando a guarda provisória dessa importância à instituição arrendadora.

Se se entender o contrário, estar-se-á permitindo que o arrendatário fique com a guarda dos valores. A solução, a meu sentir, repousa sobre a observância dos riscos e benefícios que cada parte auferirá com o contrato.

Tenho que nessa espécie contratual, em especial, a parte que suporta mais riscos é o arrendante que, como já frisado, para concretizar uma operação de intermediação financeira, adquire um bem durável (mas nem por isso infenso à depreciação), de escolha do arrendatário, ficando o último com a sua posse direta. O capital do arrendante é imobilizado no momento do contrato para ser recuperado em parcelas, a longo prazo. No final desse prazo o uso do bem pelo arrendatário estará estampado no seu estado de conservação, repercutindo sobre o seu valor de mercado. Ademais, a solvência das instituições financeiras que operam com o leasing oferece menos riscos para o arrendatário, no caso de optar pela devolução do bem, no sentido de obter a restituição da diferença apurada entre o valor de venda do bem e o VRG contratado. Por outro lado, se o arrendatário escolher a aquisição do bem, já terá adiantado a importância para liquidação do negócio, em prestações de valor pré-fixado." (grifou-se)

Considerando que o precedente adveio de ação revisional, importante destacar que até aquele momento a Corte entendia que a devolução do VRG não era possível nas ações de reintegração de posse, como se percebe, por exemplo, do seguinte aresto:

"Ação de reintegração de posse. Art. 535 do Código de Processo Civil. Prequestionamento. Arrendamento mercantil. Devolução do Valor Residual Garantido - VRG. Dissídio.

(...).

3. Prevalece o paradigma que, corretamente, não autorizou a devolução do Valor Residual Garantido - VRG, no curso da ação de reintegração de posse, considerando ser momento inoportuno, antes mesmo da própria venda do bem.

4. Recurso especial conhecido e provido."

(REsp n. 294.779/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 8/10/2001, DJ 4/2/2002)

Do inteiro teor do voto que conduziu o julgado, obtém-se:

"(...)

Todavia, a meu sentir, tem razão a empresa recorrente no que se refere ao dissídio com Acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul. De fato, o Tribunal gaúcho pôs a questão corretamente ao decidir, como destacado na ementa,

que no caso de rescisão do contrato, 'tendo o arrendatário pago algumas parcelas nas quais foi dividido o valor residual garantido, a este título, só terá direito à restituição de tais quantias se a venda que a arrendadora fizer do bem resultar em preço superior ao do VRG. Se for inferior, nada há a devolver', e, ainda, se 'a diferença a maior entretanto não alcançar a soma das parcelas pagas a título de VRG, a arrendatária só receberá esta diferença'. De fato, como está no paradigma, 'o valor residual garantido (VRG) é o preço contratualmente estipulado para o exercício de opção de compra ou valor contratualmente garantido pela arrendatária como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros, do bem arrendado, na hipótese de não ser exercida a opção de compra'.

Não tem amparo legal algum, determinar, na ação de reintegração de posse, que seja feita a devolução antecipada do VRG, sendo certo que, reintegrada a arrendadora na posse do bem, deve ela providenciar a venda do mesmo no mercado. A partir daí é que se vai cuidar da devolução do VRG, tudo na dependência do saldo. A devolução determinada no curso da ação da reintegração, sem mais nem menos, contamina a própria estrutura do contrato de arrendamento mercantil.

Conheço do especial pelo dissídio e lhe dou provimento para afastar a devolução do VRG, que se fará no momento próprio." (grifou-se)

Ao que se tem dos precedentes, contudo, essa posição prevaleceu apenas até o julgamento do REsp n. 445.954/SP, em 4.9.2003 - portanto, quando já julgado o EREsp n. 213.828/RS -, no qual se entendeu:

"Arrendamento mercantil. Leasing. Resolução por inadimplemento. Reintegração de posse. VRG pago antecipadamente. Devolução. CPC, arts. 128 e 460. Ofensa não caracterizada. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

I - Entendida como consequência da reintegração do bem à posse do arrendante, diante da resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário, o acórdão que determina a devolução do valor residual garantido, pago antecipadamente, não extrapola os limites ação de reintegração de posse.

II - Recurso especial não-conhecido."

(REsp n. 445.954/SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, DJ 29/9/2003 - grifou-se)

Naquela oportunidade, manifestou-se o relator:

"Na presente hipótese, a devolução do chamado valor residual garantido, diante da resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento, foi determinada à conta de ser uma consequência da reintegração do bem na posse da arrendante, razão por que a providência não dependia de requerimento expresso, como entende o recorrente. Sendo assim, não há como entender que houve julgamento fora dos limites da lide."

A partir de então, fixou-se o entendimento quanto à possibilidade da devolução do VRG no âmbito das ações de reintegrações de posse.

A controvérsia quanto às condições da devolução da verba, porém, não passou despercebida algum tempo depois, em 29.6.2004, no julgamento do REsp n. 373.674/PR, Relator Ministro Castro Filho, em que se confirmou a possibilidade de devolução no caso de reintegração de posse, a ponto de restar mencionado na ementa o seguinte:

“RECURSO ESPECIAL - ARRENDAMENTO MERCANTIL - RESOLUÇÃO POR INADIMPLENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - VALOR RESIDUAL GARANTIDO PAGO ANTECIPADAMENTE - DEVOLUÇÃO E COMPENSAÇÃO - POSSIBILIDADE.

Diante da resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário, é devida a devolução do chamado VRG, pago antecipadamente, à conta de ser uma consequência da reintegração do bem, assim como a compensação deste com eventual crédito existente em favor da empresa arrendante.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 373.674/PR, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 29/6/2004, DJ 16/11/2004 - grifou-se)

Na oportunidade, as condicionantes da restituição do VRG vieram muito bem dispostas em esclarecedor voto-vista proferido pela e. Ministra Nancy Andrighi:

“(…)

O e. relator, Min. Castro Filho, invocou acórdão prolatado por esta Turma, quando do julgamento do REsp n. 445.954, da relatoria do e. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, que teria decidido que ‘diante da resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário, é devida a devolução do VRG, à conta de ser uma consequência da reintegração do bem na posse da arrendante.’

E, ao final, entendeu o e. relator que ‘se foi admitida a possibilidade de devolução do valor residual garantido nos autos da ação de reintegração de posse, ao meu sentir, nada obsta a compensação deste com o débito porventura ainda existente com a arrendante.’

Não obstante concorde com a conclusão do ilustre relator, peço vênias para discordar da premissa apresentada, pois, em verdade, observo que esta Terceira Turma, no julgado invocado pelo voto do e. relator, não admitiu expressamente a possibilidade de devolução do valor residual garantido.

Quando do julgamento do REsp n. 445.954, citado pelo ilustre relator, discutiu-se a ocorrência de julgamento fora dos limites da lide por ter o Tribunal de origem

admitido a devolução do VRG sem prévio requerimento expresso da parte. O e. relator, Min. Pádua Ribeiro, naquela oportunidade, chegou à seguinte conclusão.

Confira-se:

(...)

Verifica-se, portanto, que não houve reconhecimento expresso da possibilidade de devolução do VRG. A discussão, naquela oportunidade, restringiu-se à ocorrência ou não de julgamento extra petita pelo Tribunal de origem. Ficou assentado que, por ter o Tribunal de origem entendido que a devolução do valor residual garantido é uma consequência da reintegração do bem, não foi extrapolado os limites da ação de reintegração de posse.

Assim, acredito que o acórdão prolatado no REsp n. 445.954 não se consubstancia em precedente sobre a possibilidade de devolução do valor residual garantido, pago antecipadamente.

Com efeito, observando o voto vencedor proferido pelo e. Min. Edson Vidigal no julgamento do REsp n. 213.828, pela Corte Especial, verifica-se que a eventual devolução da quantia paga, antecipadamente, a título de valor residual garantido dependerá do valor obtido com a venda do bem. Confira-se, neste sentido, trecho do referido voto:

(...)

Assim, conclui-se que é possível a devolução do VRG somente quando o valor obtido com a venda do bem a terceiro for igual ou superior a quantia paga antecipadamente pelo arrendatário. Neste mesmo sentido, inclusive, esta Turma já se posicionou quando do julgamento do REsp n. 294.779, da relatoria do e. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Observe-se:

(...)

Com isso, entende-se que, havendo saldo de VRG, pago antecipadamente, a ser restituído após a venda do bem, é possível a compensação desse valor com o débito decorrente do inadimplemento de parcelas vencidas.

Assim, peço vênia para, nesse ponto, discordar do posicionamento adotado pelo ilustre relator, pois, em conformidade com o precedente da Corte Especial, só caberá devolução do valor residual garantido e conseqüente compensação se a quantia obtida com a venda do bem a terceiro for superior ao valor pago antecipadamente pelo arrendante."

Não obstante essa clara diretriz manifestada, como visto, inclusive na ementa do julgado, proliferaram nesta Corte decisões no sentido simplesmente da necessidade de devolução do VRG nas reintegrações de posse por inadimplemento, sem, contudo, atentar para as necessárias condicionantes muito bem delineadas no voto antes referido.

Com efeito, tem sido a inobservância dessas condições que tem gerado graves distorções nas operações encerradas com a retomada do bem por inadimplemento, a ponto de causar, em razão dos prejuízos experimentados, severo desestímulo à atividade das arrendadoras, o que merece ser evitado em homenagem à função social dos contratos (art. 421 do Código Civil).

Da contratação em análise - que tratava de computadores para uso em escritório -, por exemplo, retira-se que o VRG foi estipulado em 85% (aproximadamente) do valor do bem (fl. 16). Isto é, considerando as lições trazidas anteriormente, dito percentual equivalia ao quanto a arrendante estimava recuperar com a venda do bem, originalmente adquirido por R\$ 148.031,69 (cento e quarenta e oito mil trinta e um reais e sessenta e nove centavos).

Todavia, o VRG obtido, somadas as quantias de R\$ 43.199,91 (quarenta e três mil cento e noventa e nove reais e noventa e um centavos) pelo pagamento a título de VRG antecipado na assinatura do contrato, com as 16 parcelas mensais adimplidas, de R\$ 55.084,32 (cinquenta e cinco mil oitenta e quatro reais e trinta e dois centavos) a título de VRG diluído, foi de apenas R\$ 98.284,23 (noventa e oito mil, duzentos e oitenta e quatro reais e vinte e três centavos).

O total de parcelas quitadas a título de contraprestação (aluguel e demais despesas), alcançou apenas R\$ 34.513,92 (trinta e quatro mil quinhentos e treze reais e noventa e dois centavos).

Ora, nesse caso, se devolvido o VRG pago simplesmente, ficará a arrendadora muito longe de recuperar ao menos o custo (mesmo em termos nominiais) pela aquisição do produto, o que atenta flagrantemente contra a função econômico-social do contrato e termina por incentivar de forma deletéria, especialmente nos casos de elevada depreciação do bem, a inadimplência, pois com a entrega do bem teria o arrendatário muito mais a ganhar do que com o fiel cumprimento do contrato, eximindo-se quase que completamente do custo da depreciação, que é, de fato, seu.

É importante destacar que a hipótese em análise cuida do chamado *leasing* financeiro, no qual o arrendador adquire o bem indicado pelo contratante, sem nenhum interesse em mantê-lo em seu patrimônio para novos arrendamentos no caso de devolução, situação que levará o produto à venda.

Por isso, nessa modalidade prepondera o caráter de financiamento na operação (vide, nesse sentido, o RE n. 547.245/SC, Rel. Ministro Eros Grau, DJe 5.3.2012), colocado à disposição do particular, à semelhança da alienação

fiduciária, como mais uma opção para a aquisição financiada de bem pretendido para uso, com custos financeiro-tributários mais atraentes a depender da pessoa arrendatária.

Nesse sentido, aliás, como destacado no EREsp antes citado, refere a própria regulamentação do Conselho Monetário Nacional pela Resolução n. 2.309/1996 ao dispor:

“Art. 5º. Considera-se arrendamento mercantil financeiro a modalidade em que:

1 - as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos;”

Como se observa, é ínsita à racionalidade econômica do *leasing* financeiro a preservação de um valor mínimo em favor do arrendador pelo produto financiado, a servir-lhe de garantia (daí o nome: valor residual garantido), a depender, no caso de não exercida a opção de compra pelo arrendatário, do valor recebido com a venda do produto.

A propósito, inclusive, a Portaria MF n. 564/78 (que orientava a tributação das arrendadoras nas operações de arrendamento mercantil), também mencionada no EREsp n. 213.828/RS, definiu o VRG como sendo o *“preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra, ou valor contratualmente garantido pela arrendatária que será recebida pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não ser exercida a opção de compra.”* (grifou-se)

Nesses termos, o VRG somado com as contraprestações pelo aluguel e demais despesas eventuais, deve equivaler ao montante necessário para que o arrendador possa recuperar o valor do bem arrendado e possa obter, além disso, um retorno do investimento, interesse que é seu de forma plenamente legítima, observada a função econômica da contratação, resguardando-se ao máximo o desejável equilíbrio econômico-financeiro do pacto.

No caso de devolução do produto, o bem será retomado à posse do arrendador, que o venderá no mercado conforme o preço praticado, buscando, com isso, liquidar o saldo devedor da operação, pois não é seu interesse ficar com o bem.

Se o resultado da venda somado ao VRG já eventualmente pago for inferior ao VRG previsto na contrato, nenhuma devolução será devida ao arrendatário, cabendo-lhe ainda eventuais diferenças nos termos pactuados.

Se, contudo, o produto da venda somado ao que já estiver quitado como VRG diluído ou antecipado suplantar ao VRG total estabelecido no contrato, o restante poderá ser restituído ao arrendatário conforme dispuserem as cláusulas contratuais, para o caso de haver débitos de outras naturezas na contratação.

Entende-se que assim, observando-se fielmente a finalidade do VRG, possa o arrendamento mercantil ter seu equilíbrio econômico-financeiro resguardado, preservando sua função social como pactuação propícia à proteção da confiança, da boa-fé, pelo estímulo à adimplência e ao cumprimento dos contratos e, conseqüentemente, à redução dos custos financeiros, do *spread* bancário, da minoração das taxas de juros e, sobretudo, ao incremento da atividade econômica em geral, tudo a bem da construção de uma sociedade em que vigore a livre iniciativa, mas com justiça social.

JULGAMENTO PARA EFEITOS DO ART. 543-C DO CPC.

Diante do exposto, proponho seja consolidada a seguinte tese, para efeitos do artigo 543-C do Código de Processo Civil: nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial mas, nessa parte, nego-lhe provimento.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, entendo que o VRG (Valor Residual Garantido) é uma parcela que se destina à garantia do arrendador; quer dizer, vem em prol do arrendador e não do arrendatário.

O arrendador adquire um determinado bem novo, coloca-o para uso do arrendatário, à disposição do arrendatário, com a opção de compra por parte deste. Se essa compra depois não se realiza, há necessidade de se preservar, como economicamente saudável ainda, esse negócio jurídico, que, naturalmente, para o arrendador, visa lucro. E o VRG é essa parcela de garantia mínima que

o arrendador tem para viabilizar a realização do negócio, pois o bem, depois de usado, estará depreciado ao ser vendido e, portanto, essa venda não alcançará, necessariamente, o preço que assegure lucro ao arrendador.

Desse modo, peço vênia para acompanhar a divergência inaugurada pelo eminente Ministro Villas Bôas Cueva.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, com a vênia da divergência, acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, gostaria de pedir vênia a S. Exa., o Sr. Ministro Relator, para acompanhar a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Villas Bôas Cueva, porque também eu penso na linha do que disse, agora, o Sr. Ministro Raul Araújo, que o VRG é uma garantia mínima dada ao arrendador de reaver o valor financiado.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, peço vênia a S. Exa., o Sr. Ministro Massami Uyeda, para acompanhar a divergência.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Sr. Presidente, eminentes Pares, também saúdo o eminente Ministro Massami Uyeda e, quanto ao processo em julgamento, peço vênia à divergência para acompanhar o eminente Relator, porquanto penso que, em se tratando de decisão prolatada pela sistemática do recurso repetitivo, deve a tese afirmada ser abstrata ao ponto de abranger todas as discussões acerca do tema que, *data venia*, a proposta apresentada pelo eminente Relator presta-se, de modo judicioso, para tal fim, ao delinear que “nos contratos de arrendamento mercantil *leasing*, a retomada à posse direto do bem pelo arrendante extingue a possibilidade do arrendatário adquirir o bem, razão pela qual deve ser devolvido o valor residual pago antecipadamente.”

E, dentre os precedentes listados pelo eminente Relator, em um deles está prevista, inclusive, essa possibilidade de examinar a cobrança sobre o VRG no momento da restituição, se há alguma pendência, as prestações pendentes e outras verbas também pendentes e compensá-las.

Então, creio não haver, aqui, no voto do eminente Relator, nenhum atentado à ordem posta, à segurança do consumidor, aos interesses das próprias instituições financeiras. Estão bem preservadas.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por AFFONSO PERNET E NAIR VENTURA ADVOGADOS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo TJ/RJ.

Ação: reintegração de posse, ajuizada por SAFRA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL em desfavor do recorrente, em razão do inadimplemento de parcelas de contrato de arrendamento mercantil de equipamentos de informática.

Sentença: julgou procedente o pedido, “para reintegrar, definitivamente, o autor na posse plena dos bens descritos às fls. 03 da peça inicial” (fl. 136).

Acórdão: o TJ/RJ negou provimento à apelação interposta pelo recorrente, mediante decisão cuja ementa foi assim redigida:

APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LEASING. EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. POSSIBILIDADE. INADIMPLÊNCIA DEVIDAMENTE COMPROVADA. O VALOR RESIDUAL GARANTIDO FOI PAGO ANTECIPADAMENTE EM RAZÃO DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL FIRMADO DE MANEIRA LIVRE E ESPONTÂNEA PELAS PARTES, O QUE TORNA SUA DEVOLUÇÃO INEXIGÍVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS CORRETAMENTE. ARGUIÇÃO DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA QUE SE REJEITA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Recurso especial: alega violação dos arts. 20, § 4º, e 400 do CPC e 368 do CC, bem como dissídio jurisprudencial.

Juízo de admissibilidade: o TJ/RJ admitiu o recurso especial e selecionou-o como representativo da controvérsia, encaminhando-o a esta Corte Superior, onde foi afetado à Segunda Seção para ser julgado sob o rito dos recursos repetitivos.

Manifestação do MPF: o ilustre Subprocurador-Geral da República, Durval Tadeu Guimarães, opinou pela desnecessidade de atuação do MPF na causa.

Voto do Relator, Min. Massami Uyeda: dá parcial provimento ao recurso especial, para determinar a devolução do valor residual pago antecipadamente e para fixar a tese de que “nos contratos de arrendamento mercantil, *leasing*, retomada a posse direta do bem pela arrendante, extingue-se a possibilidade de o arrendatário adquirir o bem, razão pela qual deve ser devolvido o valor residual pago antecipadamente”.

Voto-vista do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva: conheceu parcialmente do recurso especial e negou-lhe provimento, propondo a tese, para efeitos do art. 543-C do CPC, de que “nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais”.

Os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Aurélio Buzzi acompanharam o voto do Relator, enquanto os Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira acompanharam a divergência inaugurada pelo Min. Villas Bôas Cueva.

Revisados os fatos, decido.

Cinge-se a controvérsia a estabelecer se, nos contratos de arrendamento mercantil financeiro, a devolução do valor residual garantido, depositado antecipadamente, constitui corolário lógico da retomada da posse direta do bem pela arrendadora em virtude do inadimplemento do arrendatário.

I- Dos honorários advocatícios e do cerceamento de defesa.

No que concerne à irrisignação do recorrente relativa ao cabimento da fixação de honorários advocatícios com base no valor da causa e ao alegado cerceamento de defesa, acompanho o entendimento manifestado no voto proferido pelo eminente Ministro Relator, porquanto as insurgências apresentadas são matérias pacificadas na jurisprudência desta Corte.

II- Do arrendamento mercantil financeiro.

A Lei n. 6.099/1974 define o arrendamento mercantil como o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e

pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, que tem por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta (art. 1º, parágrafo único, com a redação dada pela Lei n. 7.132/1983).

Em seus traços essenciais, o contrato de arrendamento mercantil - ou *leasing* - apresenta características tanto de financiamento quanto de locação e compra e venda. Financiamento e locação porque, mediante o pagamento das sucessivas prestações, o arrendatário, de um lado, amortiza parcelas correspondentes ao valor de um bem; de outro lado, indeniza a arrendadora pelo uso que fará da coisa. Compra e venda porque, ao cabo do prazo contratual, pode o arrendatário exercer seu direito potestativo de optar por sua aquisição definitiva.

Constitui-se o *leasing*, assim, em uma espécie típica e complexa de contrato, que confere a uma das partes, após o decurso de um prazo estipulado, o direito de optar por sua renovação, pela devolução do objeto arrendado ou pela aquisição de sua propriedade.

Caso a opção, a final, seja pela compra, impõe-se ao arrendatário o pagamento de um valor residual, o qual deve corresponder ao valor do bem ao término do contrato, excluída a depreciação que experimentou e que foi por ele suportada.

Isso porque, conforme dispõe a Resolução BACEN n. 2.309/1996 - editada em virtude da competência conferida ao Conselho Monetário Nacional para regulamentação da matéria pela Lei n. 6.099/1974 -, é direito que assiste à arrendadora, além de obter o natural e legítimo retorno financeiro do negócio, recuperar o capital investido na operação. Eis o teor do art. 5º do precitado diploma legal:

Art. 5º Considera-se arrendamento mercantil financeiro a modalidade em que:

I - as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos;

II - as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendatária;

III - o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado, podendo ser, inclusive, o valor de mercado do bem arrendado.

III- Do valor residual e suas finalidades.

A respeito do valor residual mencionado, vale lembrar, mais uma vez, que este Tribunal, depois de superada longa controvérsia acerca do tema, consolidou o entendimento de que sua cobrança antecipada não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil (Súmula 293), na medida em que seu depósito, antes do prazo final estipulado, não significa antecipação do exercício da opção de compra. As opções de devolução do bem ou de renovação contratual subsistem como alternativas ao alcance do arrendatário, ínsitas que são a essa espécie de negócio jurídico.

Nesse mesmo sentido, esclarece a Resolução BACEN n. 2.309/1996, em seu art. 7º, VII, “a”, que *o pagamento antecipado do valor residual garantido não caracteriza o exercício da opção de compra.*

A partir dessas premissas, é possível concluir-se que o valor residual não pode ser entendido, única e exclusivamente, como adiantamento do preço final de aquisição da propriedade do objeto arrendado.

A própria definição de *valor residual garantido* disposta na Portaria MF n. 564/1978, item 2, revela que ele apresenta uma dúplici finalidade: para a hipótese de o arrendatário decidir, ao final do prazo, comprar o bem, o montante respectivo funciona como *preço contratual estipulado* para o exercício dessa opção; para as outras hipóteses - rescisão do contrato ou devolução do bem -, o valor residual funciona como *valor contratualmente garantido pela arrendatária como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado.* Esta última situação é a que vislumbra, especificamente, o chamado *valor residual garantido ou em garantia* (VRG).

A respeito dessa distinção entre as duas funções a que pode servir o valor residual - preço preestabelecido para o exercício da opção de compra ou garantia em benefício da arrendadora de obtenção de um valor mínimo ao término da contratação -, já se manifestou este Tribunal Superior, nos seguintes termos:

No contrato de *leasing*, o “valor residual” é o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra, enquanto o “valor residual garantido” é obrigação assumida pelo arrendatário, quando da contratação do arrendamento mercantil, no sentido de garantir que o arrendador receba, ao final do contrato, a quantia mínima final de liquidação do negócio, em caso de o arrendatário optar por não exercer seu direito de compra e, também, não desejar que o contrato seja prorrogado. (REsp 249.340/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 07/08/2000)

Nessa medida, se o valor residual antecipado possui dupla finalidade - preço ou garantia, a depender do exercício ou não da opção de compra -, o fato de se ter extinguido a possibilidade de consolidação da propriedade na pessoa do arrendatário não é suficiente para ensejar sua restituição.

Isso porque a resolução prematura do contrato por culpa do arrendatário e a conseqüente retomada da coisa não geram como efeito automático a perda da garantia prestada à arrendadora de recebimento de um valor mínimo referente à venda do bem. Ao contrário, hipóteses como a presente constituem-se em fundamentos de existência dessa garantia pactuada entre as partes.

Assegura-se, desse modo, o legítimo direito que assiste à arrendadora de receber o reembolso de seus custos e despesas, assim como de obter seu retorno financeiro - finalidades a que serve o valor residual em garantia -, nos termos do que expressamente estabelecem as disposições que regem o negócio jurídico sob exame.

Consoante elucidado por HORTA e MAXIMILIAN, o intuito de reembolso das parcelas de VRG antecipado

não está em conformidade com o pactuado e, muito menos, prevista na legislação de referência. Tendo se concluído pela licitude de ajuste contratual com cobrança de forma antecipada do VRG (o que se dá, normalmente, através de entrada e diluição do restante no mesmo número de parcelas da locação), a alteração em exame certamente violaria o princípio de que as partes devem respeitar *in totum* o pactuado, sem considerar que, por ter aceitado efetuar o adiantamento do VRG, o arrendatário acabou por negociar taxas de juros em patamares diferenciados. [Paulo Gustavo Rebello Horta e Paulo Maximilian. Contrato de *leasing* de veículos: verdades e mentiras sobre o valor residual garantido (VRG). Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 14, vol. 54, out-dez. de 2011, p. 153.]

É importante, também, que não se perca de vista o entendimento da Corte Especial deste Tribunal acerca do tema. Por ocasião do julgamento dos EREsp n. 213.828/RS - que afastou a aplicabilidade da Súmula 263/STJ e deu ensejo à consolidação da matéria na hoje assente Súmula 293/STJ -, constou do voto condutor da maioria, proferido pelo Min. Edson Vidigal, que, antes de se proceder à devolução do VRG, é necessário que se verifique se há crédito em favor do arrendatário:

[...] após o término do pagamento das parcelas, tem o arrendatário a opção de comprar o bem, tendo que pagar o Valor Residual previamente estabelecido. Se

ele não quiser optar pela compra, nem renovar o contrato, deve devolver o bem ao arrendador, que terá como uma garantia mínima por parte do arrendatário o Valor Residual Garantido, na venda do bem a um terceiro.

Assim, se o bem for vendido por um preço equivalente ao VRG, nada se tem a acertar; caso vendido por um valor inferior, deverá o arrendatário pagar a diferença à arrendadora.

A antecipação do pagamento do valor residual não implica necessariamente na opção de compra, haja vista que, se no término do contrato, o arrendatário não se interessar pela compra, por se encontrar o bem com tecnologia superada ou por qualquer outro motivo, terá a quantia devolvida ou não, de acordo com o preço que o bem for vendido a um terceiro. Caso vendido pelo mesmo valor do VRG ou por preço superior, será totalmente devolvido ao arrendatário o valor do VRG por ele antecipado; caso vendido por valor inferior, receberá o arrendatário apenas a diferença. (REsp 213.828/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Rel. p/ Acórdão Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, DJ 29/09/2003)

Conforme rememorado pelo Min. Villas Bôas Cueva em seu voto-vista, já havia me posicionado nesse mesmo sentido, no que concerne às condições prévias à devolução do VRG, quando do julgamento do REsp 373.674/PR (Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, DJ 16/11/2004), como se depreende do excerto que a seguir transcrevo:

Assim, conclui-se que é possível a devolução do VRG somente quando o valor obtido com a venda do bem a terceiro for igual ou superior a quantia paga antecipadamente pelo arrendatário. Neste mesmo sentido, inclusive, esta Turma já se posicionou quando do julgamento do REsp n. 294.779, da relatoria do e. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Observe-se:

“Não tem amparo legal algum, determinar, na ação de reintegração de posse, que seja feita a devolução antecipada do VRG, sendo certo que, reintegrada a arrendadora na posse do bem, deve ela providenciar a venda do mesmo no mercado. A partir daí é que se vai cuidar da devolução do VRG, tudo na dependência do saldo. A devolução determinada no curso da ação de reintegração, sem mais nem menos, contamina a própria estrutura do contrato de arrendamento mercantil.”

[...]

Com isso, entende-se que, havendo saldo de VRG, pago antecipadamente, a ser restituído após a venda do bem, é possível a compensação desse valor com o débito decorrente do inadimplemento de parcelas vencidas.

Assim, peço vênia para, nesse ponto, discordar do posicionamento adotado pelo ilustre relator, pois, **em conformidade com o precedente da Corte Especial,**

só caberá devolução do valor residual garantido e conseqüente compensação se a quantia obtida com a venda do bem a terceiro for superior ao valor pago antecipadamente pelo arrendante. (sem destaque no original)

O valor residual antecipado pelo arrendatário, portanto, somente pode ser a ele restituído caso a arrendadora recupere, depois de levada a efeito a venda do bem a terceiro, a quantia garantida a esse título - considerados o montante alcançado com a alienação da coisa e o VRG já depositado. Em síntese, deve ser verificada, previamente ao reembolso, a existência ou não de saldo credor em favor do arrendatário.

Forte nessas razões, rogando vênia ao Min. Relator e aos demais que o seguiram, acompanho o voto do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, a fim de CONHECER EM PARTE do recurso especial e NEGAR-LHE PROVIMENTO.



Súmula n. 565

SÚMULA N. 565

A pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, é válida apenas nos contratos bancários anteriores ao início da vigência da Resolução-CMN n. 3.518/2007, em 30/4/2008.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 4.595/1964, arts. 4º, VI e IX e 9º.

Resolução-CMN n. 2.303/1996, revogada.

Resolução-CMN n. 3.518/2007, revogada.

Resolução-CMN n. 3.693/2009, revogada.

Resolução-CMN n. 3.919/2010.

Circular-Bacen n. 3.371/2007, revogada.

Precedentes:

(*)REsp	1.251.331-RS	(2ª S, 28.08.2013 – DJe 24.10.2013) – acórdão publicado na íntegra
(*)REsp	1.255.573-RS	(2ª S, 28.08.2013 – DJe 24.10.2013)
Rcl	14.696-RJ	(2ª S, 26.03.2014 – DJe 09.04.2014)
AgRg no AREsp	408.848-PR	(3ª T, 09.09.2014 – DJe 26.09.2014)
AgRg no REsp	1.317.666-RS	(3ª T, 24.02.2015 – DJe 03.03.2015)
AgRg no AREsp	534.567-SC	(3ª T, 05.05.2015 – DJe 11.05.2015)
AgRg no AREsp	627.227-PR	(3ª T, 04.08.2015 – DJe 17.08.2015)
AgRg no AREsp	459.160-MS	(4ª T, 18.03.2014 – DJe 27.03.2014)
AgRg no AREsp	501.983-RS	(4ª T, 24.06.2014 – DJe 04.08.2014)
AgRg no REsp	1.352.847-RS	(4ª T, 21.08.2014 – DJe 04.09.2014)
AgRg no REsp	1.289.898-RS	(4ª T, 02.10.2014 – DJe 10.10.2014)
AgRg no AREsp	598.762-RS	(4ª T, 25.11.2014 – DJe 02.12.2014)

AgRg no REsp 1.332.591-PR (4ª T, 17.03.2015 – DJe 23.03.2015)
AgRg no AREsp 123.860-RS (4ª T, 24.03.2015 – DJe 23.04.2015)
AgRg no AREsp 550.863-SP (4ª T, 28.04.2015 – DJe 05.05.2015)
AgRg no AREsp 689.735-SC (4ª T, 23.06.2015 – DJe 30.06.2015)

(*) Recursos repetitivos.

Segunda Seção, em 24.2.2016

DJe 29.2.2016

RECURSO ESPECIAL N. 1.251.331-RS (2011/0096435-4)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A

Advogados: Sirlei Maria Rama Vieira Silveira e outro(s)
Isabela Braga Pompilio e outro(s)

Recorrido: Enéas da Silva Amaral

Advogado: Marco Aurélio Vilanova Audino e outro(s)

Interes: Banco Central do Brasil - "Amicus Curiae"

Procurador: Procuradoria-Geral do Banco Central

Interes: Federação Brasileira de Bancos FEBRABAN - "Amicus Curiae"

Advogado: Luiz Rodrigues Wambier e outro(s)

Advogada: Teresa Arruda Alvim Wambier

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIVERGÊNCIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. RECURSOS REPETITIVOS. CPC, ART. 543-C. TARIFAS ADMINISTRATIVAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO (TAC), E EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. MÚTUO ACESSÓRIO PARA PAGAMENTO PARCELADO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF). POSSIBILIDADE.

1. "A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada" (2ª Seção, REsp 973.827/RS, julgado na forma do art. 543-C do CPC, acórdão de minha relatoria, DJe de 24.9.2012).

2. Nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei 4.595/1964, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho

Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN.

3. Ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era essencialmente não intervencionista, vale dizer, “a regulamentação facultava às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição.”

4. Com o início da vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Banco Central do Brasil.

5. A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008.

6. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida, portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.

7. Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de “realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente” (Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011).

8. É lícito aos contratantes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

9. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

- 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

- 3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

10. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

A Segunda Seção, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento para que sejam observados os juros remuneratórios nas taxas mensal e anual efetiva, como pactuados, e para restabelecer a cobrança das taxas/tarifas de despesas administrativas para abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), e a cobrança parcelada do IOF, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Para os efeitos do art. 543-C, do CPC, ressalvados os posicionamentos pessoais dos Srs. Ministros Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino, que acompanharam a relatora, foram fixadas as seguintes teses:

1. Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto;

2. Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira;

3. Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Raul Araújo Filho e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Sustentaram oralmente, o Dr. Marcos Cavalcante de Oliveira, pela recorrente: Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A; o Dr. Átila do Nascimento, pelo recorrido: Enéas da Silva Amaral e o Dr. Isaac Sidney Menezes Ferreira, pelo interessado: Banco Central do Brasil.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 24.10.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: - Enéas da Silva Amaral ajuizou ação em face do Banco ABN AMRO Real S.A. com o objetivo de revisar contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária.

Após substituição do pólo passivo devida à cisão do réu, assumiu Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S.A. a condição de requerida.

O Juízo da Vara Judicial de Salto do Jacuí, RS, julgou procedentes em parte os pedidos, o que motivou recurso por parte do réu.

A Décima Terceira Câmara Cível do TJRS, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação para vedar a capitalização dos juros em qualquer periodicidade, por ausência de cláusula expressa; declarar abusiva a exigência das tarifas administrativas para concessão e cobrança do financiamento e do Imposto sobre Operações Financeiras parcelado; autorizar a compensação/repetição simples do indébito e afastar a possibilidade de julgamento de ofício, mantida a sucumbência em desfavor do recorrente. O acórdão possui a seguinte ementa (fl. 183):

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. A capitalização mensal dos juros, mesmo quando expressamente pactuada, em contratos como o presente, não é admitida, pois o artigo 591 do atual Código Civil permite, como regra geral, apenas a capitalização anual dos juros. Mas, em se tratando de mera permissão legal, a capitalização anual depende de pactuação nesse sentido, ausente na espécie, motivo pelo qual, *in casu*, vai vedada a incidência de juros sobre juros em qualquer periodicidade, conforme admitido pela sentença.

COMPENSAÇÃO DE VALORES. É possível a compensação de valores quando se trata de ação revisional, depois de liquidada a sentença.

REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Admite-se a repetição do indébito, de forma simples, de valores pagos em virtude de cláusulas ilegais, em razão do princípio que veda o enriquecimento injustificado da parte credora.

TARIFA/TAXA PARA COBRANÇA DE DESPESAS ADMINISTRATIVAS PELA CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO. A tarifa/taxa para cobrança de despesas administrativas pela concessão do financiamento é nula de pleno direito, por ofensa aos arts. 46, primeira parte, e 51, inc. IV, do CDC.

FORMA DE COBRANÇA DO IOF. A cobrança do tributo diluído nas prestações do financiamento se afigura como condição iníqua e desvantajosa ao consumidor (CDC, art. 51, IV).

DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE. Mostra-se incabível o exame das matérias *ex officio* pelo Juízo *ad quem*, as quais não foram enfrentadas pela sentença e nem foram objeto da apelação, sob pena de afronta ao disposto no artigo 515 do CPC.

PREQUESTIONAMENTO. Na linha decisória do acórdão, não há falar em negativa de vigência a qualquer dispositivo legal.

Apelação Cível parcialmente provida.”

O recurso especial, interposto com base no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, aponta negativa de vigência aos arts. 5º da Medida Provisória 2.170-36/2001, 4º da Lei 4.595/1964, 1º e 2º da Lei 5.143/1966 (CTN), e 2º, inciso I, e 3º, § 1º, inciso I, do Decreto 4.494/2002, às Resoluções 2.303 e 3.518 do Conselho Monetário Nacional, e divergência com precedentes do STJ no REsp 906.054/RS (Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior), REsp 994.670/RS (Rel. Ministro João Otávio de Noronha), indicada a Revista Eletrônica de Jurisprudência como repositório oficial.

Sustenta que do contrato, “cláusula IV - Especificações do Crédito, consta a indicação da ‘Taxa Efetiva de Juros mês 2,11297000%’ e da ‘Taxa Efetiva Juros Ano 28,52” (fl. 210), prevê a capitalização dos juros com frequência mensal na indicação expressa de taxas mensal e anual, admitida pela jurisprudência do STJ. Alega que o contrato não está sujeito à revisão por força do princípio da força obrigatória, que não pode ser flexibilizado pelo CDC.

Afirma que as tarifas administrativas para concessão e cobrança do crédito (TAC e TEC) atendem às Resoluções 2.303 e 3.518, editadas pelo Banco Central, mediante autorização concedida pela Lei 4.595/1964, estando permitida a cobrança até 30.4.2008.

Adiciona que o fracionamento do IOF em parcelas é opção exercida pelo mutuário, porém o recolhimento é integral, no início da operação, pela instituição financeira, o que não constitui abusividade.

Não foram apresentadas contrarrazões (cf. certidão de fl. 225).

Decisão presidencial de admissibilidade positiva do especial às fls. 227/230.

Por considerar o recurso especial em questão representativo da controvérsia jurídica em relação à licitude da cobrança das tarifas administrativas para concessão do crédito, mediante a cobrança de valores para a abertura de cadastro ou crédito (TAC), para a emissão de boleto ou carnê (TEC), e ainda, a viabilidade do financiamento do IOF, temática abordada em múltiplos recursos e de enfrentamento corriqueiro, afetei o julgamento à Segunda Seção desta Corte, conforme o rito preconizado no art. 543-C do CPC.

Como consequência, foi determinada a suspensão da tramitação na origem de outros recursos especiais relativos a contratos bancários em que se discutem as referidas matérias.

Segundo a determinação contida no art. 3º, inciso I, da Resolução 8/2008 do STJ, foram encaminhados ofícios aos Ministros-Presidentes deste STJ e da Segunda Seção, aos Ministros que a integram, além de aos desembargadores-presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Fez-se, também, comunicação do procedimento ao Banco Central do Brasil, ao IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, e à FEBRABAN - Federação Brasileira de Bancos.

À fl. 264, manifestou-se espontaneamente o Banco Honda S.A., com o propósito de ser admitido na condição de interessado, motivado pela posição de réu em ação coletiva proposta pelo Ministério Público de São Paulo com objeto idêntico ao presente.

O Banco Central do Brasil comparece aos autos para requerer o ingresso como *amicus curiae* e defender a legalidade das tarifas e do parcelamento do tributo, cujo valor as instituições por ele supervisionadas têm o dever de informar, esclarecendo aos clientes sobre todos os aspectos do contrato, tais como custos e encargos, conforme preconizado nas diversas resoluções da autoridade monetária sobre a matéria que se sucederam.

Esclarece que, durante a vigência da Resolução CMN 2.303/1996, era lícita a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços pelas instituições financeiras, desde que efetivamente contratados e prestados, com exceção dos definidos como básicos. Não havia, até então, obstáculo legal às tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê.

Posteriormente, com a edição da Resolução CMN 3.518, de 2007, eficaz a partir de 30.4.2008, passou a ser possível a cobrança apenas dos serviços prioritários definidos na citada norma e em tabela de padronização elaborada pelo Banco Central.

Sustenta o BACEN que, desde a entrada em vigor da Resolução CMN 3.518/2007, a mera abertura de crédito deixou de configurar serviço passível de cobrança de tarifa. Continua, porém, passível de cobrança o serviço relacionado ao cadastro, definido pela regulamentação aplicável como “realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente”.

Distingue o Banco Central a atual tarifa de cadastro da antiga tarifa de abertura de crédito (TAC), ressaltando que “esta era usualmente cobrada sobre qualquer operação de crédito, mesmo que o tomador já fosse cliente do estabelecimento bancário; aquela, a seu turno, somente pode incidir no início do relacionamento entre o cliente e instituição financeira, e se justifica pela necessidade de ressarcir custos com realização de pesquisas em cadastros, bancos de dados e sistemas”.

Conclui, pois, que a TAC e a TEC deixaram de existir com a edição da Resolução CMN 3.518/2007.

Lembra que a matéria controvertida já foi apreciada pela Segunda Seção no REsp 1.270.174/RS, que entendeu legítima a cobrança das tarifas TAC e TEC no período de regência da Resolução 2.303/1996. Faz reparo, todavia, à fundamentação do acórdão respectivo, no ponto em que assentou que as mencionadas tarifas continuaram passíveis de cobrança após a edição da Resolução 3.518/2007, porque entende que este ato normativo permitiu apenas a cobrança das tarifas especificadas em ato normativo do BACEN, dentre as quais não foram a TAC e TEC enumeradas.

Finaliza esclarecendo, quanto ao parcelamento do IOF, que a operação consiste em nada além de mútuo fornecido pelo banco ao cliente, suficiente para a quitação do tributo no ato da compra do bem, e que, por isso, é superior ao valor devido ao Fisco, já que constitui, ele próprio, objeto de operação de crédito, tudo com o objetivo de viabilizar o consumo, mas que, de qualquer modo, não pode ser excluído, sob pena de contrariedade às normas legais, que estabelecem que o sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor (fls. 300/314).

Às fls. 347/366, a Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, apresenta manifestação na qualidade de *amicus curiae*, no sentido de que o tema é de enfrentamento rotineiro no STJ, que decidiu mais de trezentos processos afirmando a legalidade das tarifas.

Menciona que o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central são competentes para dispor sobre a matéria, que faz parte da regulamentação do mercado financeiro, em harmonia com a Lei 4.595/1964, art. 4º, inciso VIII.

Arrola os atos normativos que autorizam a cobrança das tarifas questionadas. Sobre a TEC argumenta que sua exigibilidade perdurou até o advento da Resolução CMN 3.693, de 26.3.2009.

Adiciona, por outro lado, que o ressarcimento dos serviços prestados por terceiros esteve autorizado até a edição da Resolução CMN 3.954/2011.

Resumidamente, a situação jurídica dos acréscimos seria a seguinte:

- Tarifa de Abertura de Crédito - TAC - autorizada até 30.4.2008 (vedada pela Resolução CMN 3.518/2008)

- Tarifa de Emissão de Carnê - TEC - autorizada até março de 2009 (vedada pela Resolução CMN 3.693/2009)

- Ressarcimento por Serviços de Terceiros - autorizado até fevereiro de 2011 (vedado pela Resolução CMN 3.954/2011)

- Tarifa de Cadastro - permanece em vigor (Resolução CMN 3.919/2010).

Argumenta que a proibição posterior não significa a ilegalidade das cobranças anteriores e que a matéria em debate não encontra regulação no CDC, mas está intrinsecamente ligada à legitimidade de atos normativos que são da competência privativa das autoridades monetárias (CMN e BACEN), conforme critérios técnicos de discricionariedade.

Pondera que o conceito de abusividade cede diante da contratação expressa dos encargos e da informação clara e precisa dos custos, por meio do Custo Efetivo Total (CET), permitindo individualizar as cobranças sem onerar toda a clientela, com o respectivo embutimento nas taxas de juros, que, como visto, não são a única remuneração pelos serviços bancários.

Explica ainda que permanece a possibilidade de concorrência entre as instituições financeiras, que não estão adstritas a valores tabelados, permitindo a escolha das condições que sejam mais vantajosas ao consumidor, com o que não se vislumbra qualquer abusividade, como delineado o conceito pelo CDC.

Com referência ao financiamento do IOF, entende que o sujeito passivo do tributo é o consumidor, porém deve ser recolhido pela instituição financeira mutuante, que se dispõe a financiá-lo, o que ocorre por opção do mutuário. O valor do tributo financiado integra o demonstrativo CET e o total da transação financeira.

Insiste que a conduta não é prejudicial ao Fisco e nem ao cliente, pois não representa agravamento do tributo.

Aduz que a comissão de permanência já conta com entendimento pacificado no âmbito desta Corte por meio do enunciado 472 da Súmula.

Requer a extensão dos efeitos da decisão que suspendeu a tramitação das cerca de 285 mil ações sobre o tema em todas as instâncias judiciais, que decidem em sentido diverso, inclusive as turmas recursais de juizados especiais, que às vezes determinam a devolução em dobro dos valores e o pagamento de danos morais.

Nesse mister, destaca que é interesse comum o estabelecimento de linha decisória harmônica segundo a compreensão do direito federal empreendida pelo STJ, inclusive para minorar a insegurança jurídica que graça a despeito da pacificação da matéria por intermédio da Segunda Seção, no REsp 1.270.174/RS, propósito manifesto da redação do art. 543-C do CPC.

Apoia-se na existência do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, em virtude, primeiramente, da pacificação da controvérsia nesta Corte e, depois, da recalcitrância de Juízos e tribunais que não lhe dão eficácia, estando em litígio valores que alcançam R\$ 532.791.829,50 (fl. 363), com aumento exponencial mensalmente.

Arremata relatando que, no âmbito deste Tribunal, tal providência foi tomada anteriormente pelo Ministro Luiz Fux, no REsp 1.060.210/SC, relativamente à definição do sujeito passivo e da base de cálculo para incidência de ISS em operações de arrendamento mercantil, em que invocado por analogia o art. 328 do Regimento Interno do STF.

A extensão do efeito suspensivo também às instâncias da Justiça comum, estadual e federal, inclusive juizados especiais cíveis e correspondentes Turmas Recursais, requerida pela FEBRABAN, foi deferida por decisão datada de 20.5.2013 (e-STJ fls. 468-471), cujo alcance foi pormenorizado pelo aditamento de fls. 521/522.

O IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, apesar de regularmente intimado (fls. 259 e 263), não se manifestou (cf. certidão de fl. 410).

À fl. 414, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul se pronuncia no sentido da abusividade da cobrança da TEC, TEC e demais despesas administrativas.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer do Dr. Pedro Henrique Távora Niess, opinou pela legalidade da cobrança das tarifas TAC e TEC e do financiamento do IOF, concluindo pelo provimento parcial do recurso especial (e-STJ fls. 455-66).

Anderson de Oliveira da Silva comparece nos autos por intermédio da Petição 170.846/2013 (fls. 478/484), formulando pedido de esclarecimentos sobre a abrangência da decisão que determinou a suspensão dos processos, porém teve sua pretensão indeferida pela decisão de fls. 518/519, em face da qual não se interpôs recurso.

Às fls. 496/502, em petição idêntica, ainda que subscrita por outro advogado, Maria de Fátima Ferrão Castelo Branco Chaves repete os mesmos pleitos, como o faz André Filipe Lemos de Castro Lobo (fls. 507/513).

Karla Andrea Passos, também afirmando ser parte interessada, requer a reconsideração da decisão que determinou a paralisação de suspensão dos processos.

Apresenta requerimento de integração aos autos, como *amicus curiae*, o Instituto Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor - INPCON, com sede na cidade do Rio de Janeiro. Para alicerçar o ingresso na ação, afirma que possui representatividade na defesa dos interesses dos consumidores, havendo proposto diversas ações civis públicas em face de instituições financeiras nesse mister. Sustenta que como não foi regularmente intimado, pretende suprir a ausência de manifestação do IDEC. No mérito, alega que a TAC representa vantagem exagerada; a Tarifa de Avaliação do Bem é cobrada sem contraprestação e o Seguro de Proteção Financeira constitui venda casada, comercializado ilegalmente, com usurpação da função dos corretores de seguros habilitados. Aponta divergência quanto aos valores anunciados e os praticados pelas diversas instituições bancárias que enumera, diz que faltam como o dever de informação, procedimentos que afronta princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e da contribuição para erradicação da pobreza. Especificamente quanto à Tarifa de Avaliação do Bem, defende que a exigência é feita de má-fé, pois não existem avaliadores credenciados para a prestação do serviço nas revendas de veículos, custo que, de todo modo, não pode ser transferido ao consumidor. Aduz que, nos termos da Lei 4.594/1964, somente corretores de seguros habilitados podem exercer a corretagem, irregularidade que nulifica o encargo por constituir venda casada e usurpação do exercício de profissão regulamentada. Por fim, em atenção ao equilíbrio dos interesses em litígio, requer a suspensão de todas as ações de busca e apreensão cujos contratos prevejam o pagamento das tarifas. Retorna às fls. 652/654 para informar o ajuizamento de outra ação civil pública, desta feita para excluir a Tarifa de Fornecimento de Declaração, posicionando o Banco Santander no polo passivo,

o qual estaria estaria usurpando função pública dos cadastros restritivos, que devem promover a notificação gratuitamente. Pretende a inclusão do Seguro de Proteção Financeira e da Tarifa de Fornecimento de Declaração entre os temas discutidos nos autos.

A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/SP, requer ingresso nos autos (e-STJ fl. 638/647) alegando a repercussão do julgamento em grande número de contratos celebrados com tais encargos, que atentam contra os direitos básicos do consumidor, notadamente o direito à informação, à proteção contra práticas abusivas, à possibilidade de modificação e revisão dos contratos, a efetiva prevenção e reparação dos danos e a inversão do ônus da prova. Repele a exigência da TEC por ser custo inerente à atividade comercial do fornecedor, que não pode transferi-lo ao consumidor, havendo abusividade mesmo quando expressamente pactuada. Argumenta que a ausência de proibição pelas autoridades monetárias (Resoluções 2.303/1996 e 2.747/2000) não implica a legitimidade da cobrança, que foi definitivamente proibida pela Resolução 3.919/2010. Quanto à TAC, enfatiza que a tarifa não é opcional nem é serviço prestado ao consumidor, mas à instituição bancária, para subsidiar a concessão do crédito e evitar perdas financeiras, portanto não pode ser tarifado. Contesta a assertiva de que a incorporação do valor no percentual dos juros pudesse onerar as taxas remuneratórias. Afirma que existe variação da tarifa de cadastro de gratuidade até R\$ 5.000,00, conforme a instituição financeira, o que demonstra a inexistência de critério objetivo de formação dos preços.

Por sua vez, o Núcleo Especializado de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ao apresentar pedido de ingresso como *amicus curiae* (fls. e-STJ 656/671), argúi que exerce função essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, em todos os graus, a defesa dos direitos individuais e coletivos dos consumidores, que é garantia fundamental do cidadão e princípio norteador da atividade econômica, o que lhe empresta legitimidade para postular a vedação da TAC e da TEC, a que atribui a qualidade de substitutas dos ganhos da época da espiral inflacionária. Sustenta que a posterior substituição da Tarifa de Abertura de Crédito pela Tarifa de Cadastro (Resolução 3.371) reinstituuiu a cobrança do acréscimo, que somente promove indevidamente o repasse dos custos administrativos ao consumidor, que já paga as taxas compensatórias que deveriam satisfazê-los mediante a inserção no CET - Custo Efetivo Total. Assere que apenas cumprem o interesse das instituições financeiras e são utilizadas para remunerar os intermediários da

relação contratual, provocando enriquecimento sem causa e desequilíbrio entre as partes e ferindo a boa-fé objetiva. Reclama, também, da falta de tabelamento de preços, que possibilita enorme variação dos valores. Finaliza requerendo o direito de sustentar oralmente sua posição.

A MPCON - Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor também requer admissão como *amicus curiae* (Petição 279.065, fls. 728/757), sustentando que é entidade civil de âmbito nacional e com interesse na causa. Impugna a validade das cláusulas contratuais que estabelecem a TAC e a TEC, por estarem em desacordo com o Código Civil e o CDC. Afirma que o mesmo vício atinge a exigência do IOF financiado, cuja irregularidade consiste na incidência dos demais encargos contratuais sobre o valor do tributo. Alega que tais acessórios são incompatíveis com a boa-fé e a equidade contratual previstas nos diplomas legais invocados, que disciplinam a relação jurídica, devendo ser consideradas nulas as cláusulas em tela, por abusivas e iníquas, inclusive porque cobradas em duplicidade para remunerar o mesmo serviço, sob denominação diversa. Também encerra pleiteando o direito de sustentar oralmente sua posição.

A FEBRABAN retorna espontaneamente aos autos às fls. 673/690 para retrucar os argumentos apresentados pelo INPCOM e PROCON/SP, no sentido de que o primeiro não é entidade técnica e juridicamente idônea, pois pratica atividade advocatícia e angaria clientela sob a transversa máscara de associados, não devendo ser admitido na lide. Narra que houve deliberada confusão acerca dos valores de tarifas, com a consideração de que se tratam de diferentes instituições bancárias, atuando em vertentes distintas na concessão de crédito, ainda que integrem o mesmo grupo econômico. Particularmente quanto à Tarifa de Cadastro, explica que é opcional, podendo ser dispensada com o fornecimento da documentação pelo próprio consumidor, se o entender conveniente. Registra que as entidades bancárias fornecem ampla divulgação das tarifas nos próprios contratos e tabelas de custos afixadas nas agências e correspondentes bancários. Destaca que em relação à Tarifa de Avaliação de Bem, Tarifa de Emissão de Declaração e ao Seguro Proteção Financeira, cuja discussão se busca inaugurar, além do ressarcimento pelos serviços de terceiros, que as respectivas cobranças, com fulcro nas normas editadas pelo Banco Central, são legítimas. Insiste em que a Tarifa de Cadastro é contraprestação por serviço prestado ao consumidor, conforme definido pelo BACEN (Resolução 3.919), dependendo o acolhimento da alegação de abusividade de prova concreta

e inequívoca. Propõe a rejeição do pedido de sobrestamento das ações de busca e apreensão ante a ausência de *fumus boni juris*, pois a legalidade de tais encargos tem apoio na jurisprudência pacífica do STJ.

À fl. 723, a Juíza Manuela Tallão Benke, da 2ª Turma Recursal do Estado do Paraná, formula pedido de informações sobre a inclusão no procedimento de outras tarifas que não a TAC e a TEC, tais como tarifas de avaliação, de serviços de terceiros e de registro de contrato.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor Bancário, já incluído o processo em pauta para julgamento, também formula pedido de ingresso como *amicus curiae* (e-STJ fls. 798-818), reiterando as alegações de reconhecimento da ilegalidade e abusividade das tarifas TAC, TEC e cobrança do IOF financiado, em moldes semelhantes ao deduzido pelas demais entidades de defesa do consumidor.

O IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor apresenta memorial, enfatizando que o Banco Central reconhece que a TAC e a TEC deixaram de existir com a produção de efeitos da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008. Sustenta a abusividade das mencionadas tarifas em face do disposto no CDC, por ter como fato gerador atividade de interesse da instituição financeira e não do consumidor, o que ofende o princípio da informação e consubstancia vantagem exagerada do banco.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Inicialmente, analiso o pedido do INPCOM, do PROCON/SP, do Núcleo Especializado de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e da MPCON - Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor, com base § 4ª do art. 543-C do CPC e no inciso I, do art. 3º, da Resolução STJ 8/2008.

Considero que a representatividade das pessoas, órgãos ou entidades referidos deve relacionar-se, diretamente, à identidade funcional, natureza ou finalidade estatutária da pessoa física ou jurídica que a qualifique para atender ao interesse público de contribuir para o aprimoramento do julgamento da causa, não sendo suficiente o interesse em defender a solução da lide em favor de uma das partes (interesse meramente econômico).

Penso que a intervenção formal no processo repetitivo deve dar-se por meio da entidade de âmbito nacional, sob pena de prejuízo ao regular e célere andamento de tal importante instrumento processual.

No caso em exame, com exceção da MPCON, os requerentes dizem representar consumidores que residem no Estado de São Paulo, ao passo que o INPCOM não alega ter sede fora do Estado do Rio de Janeiro ou o IBDCONB fora de Florianópolis; não dispõem, portanto, ao meu sentir, de representatividade que justifique a sua intervenção formal em processo submetido ao rito repetitivo.

Quanto ao IBDCOMP, observo que se trata, na realidade, de associação de advogados estabelecida em Florianópolis, conforme art. 9º de seu Estatuto.

Pelos mesmos motivos, indefiro o pleito de admissão nos autos na condição de interessado, formalizado pelo Banco Honda S.A. à fl. 282, acrescentando que a manifestação da FEBRABAN, na qualidade de *amicus curiae*, já é suficiente para a representatividade do segmento empresarial, não sendo relevante para o caso a inclusão do peticionante no polo passivo de ação coletiva sobre a questão.

Também indefiro, ainda com maior razão, dada a absoluta falta de representatividade, os pedidos formulados por Maria de Fátima Ferrão Castelo Branco Chaves e André Filipe Lemos de Castro Lobo, na mesma linha da solução aplicada ao incidente provocado pela Petição 170.846/2013 (fls. 478/484), de autoria de Anderson Oliveira da Silva, pela decisão de fls. 518/519, contra a qual não se interpôs recurso

Quanto à MPCON, não obstante o alegado âmbito nacional, entendo que tal qualidade deve ser compreendida como a capacidade de prestar assistência e fornecer estrutura físico-administrativa para atendimento da população na amplitude do território brasileiro, ao meu ver indispensável para o reconhecimento da representatividade de que trata o rito específico. Ademais, a referida associação é constituída por membros do Ministério Público, instituição que já oficia nos autos, tendo emitido pronunciamento conclusivo sobre a causa.

Consideradas essas razões, indefiro os pedidos de inclusão como *amicus curiae*.

Nada obsta, todavia, à permanência nos autos, a título de memorial, das manifestações já apresentadas, porque tal permissão não prejudica a marcha processual.

Indefiro, pois, os pedidos de intervenção como *amicus curiae*.

II - O ACÓRDÃO RECORRIDO

Cuida-se de ação revisional de contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária, tendo o acórdão recorrido vedado a capitalização dos juros em qualquer periodicidade e declarado a nulidade da cobrança das tarifas administrativas para a concessão do crédito e do parcelamento do IOF.

Prequestionado implicitamente o art. 4º da Lei 4.595/1964, sob a égide do qual foi publicada a Resolução CMN 2.303/1996, verifica-se, relativamente à legalidade da cláusula que estabelece a cobrança de taxas/tarifas para cobrança de despesas administrativas, sejam de abertura de cadastro ou de crédito (TAC) ou de emissão de boleto ou carnê (TEC), sob quaisquer denominações, e do IOF financiado em parcelas, que o acórdão recorrido assim dispôs (fls. 190/193):

“De outro lado, deve ser mantida a sentença que reconheceu a nulidade da cobrança de tarifa e/ou taxa com várias denominações, para fins de reembolsar a parte demandada das despesas administrativas que teve para a concessão do financiamento, eis que, primeiramente, ofende o art. 46, primeira parte, do CDC (*‘Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo,...*’), assim como o art. 51, inc. IV, do CDC (*‘São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: ... IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade’*).

É que o contrato não explica a razão da cobrança desta tarifa e/ou taxa, pois nele apenas consta o seu valor, e também porque transfere o custo administrativo da operação financeira ao financiado, colocando-o em desvantagem exagerada.

A este respeito, tem entendido o colendo 7º Grupo Cível/TJRS que esta nulidade deve ser reconhecida de ofício pelo Julgador, o que passo a acompanhar, como antes referido.

Neste sentido:

*‘EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ACÓRDÃO, NÃO UNÂNIME, QUE CONDICIONA A TUTELA ANTECIPADA AO PAGAMENTO DAS PARCELAS INCONTROVERSAS. OUTROSSIM, TAMBÉM POR MAIORIA, **DE OFÍCIO**, REDUZIU OS JUROS REMUNERATÓRIOS PARA 12% AO ANO E **DECRETOU A NULIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ATINENTES À TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO E À TARIFA DE EMISSÃO DE CARNÊ**, COM VOTO VENCIDO CONTRÁRIO ÀS DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO.*

*A divergência relativa à tutela antecipada não diz respeito ao mérito, em si, da sentença, não devendo ser conhecidos os embargos infringentes, neste ponto, porque não presente requisito do art. 530 do CPC. **No mais, aplicável, na espécie, o Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública. As cláusulas abusivas são 'nulas de pleno direito e, como tal, estas nulidades devem ser reconhecidas independentemente de iniciativa da parte. No caso, não há falar em dever de observância dos princípios da non reformatio in pejus e tantum devolutum quantum appellatum.** (grifei)*

Embargos infringentes conhecidos em parte, à unanimidade e na parte conhecida por maioria, desacolhidos. (grifei)

(Embargos Infringentes n. 70013529409, 7º Grupo Cível do TJRS, Rel. Isabel de Borba Lucas. j. 17.03.2006).

'EMBARGOS INFRINGENTES. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO.

Neste aspecto, constata-se a ilegalidade de tal cobrança, pois imposta ao consumidor, ficando o mesmo vulnerável a cobranças abusivas e excessivas que vão de encontro à Lei de Proteção Consumerista.

MULTA MORATÓRIA. Quanto à multa moratória, melhor pensar na possibilidade da mesma ser limitada em 2% sobre o valor da parcela em atraso, porque menos gravosa ao consumidor, que detém a seu favor um forte sistema protetivo. Face à sua vulnerabilidade, impõe-se a interpretação que mais lhe parece razoável. Negaram provimento aos embargos infringentes, por maioria.' (grifei)

(Embargos Infringentes n. 70013922497, 7º Grupo Cível do TJRS, Rel. Judith dos Santos Mottecy. j. 17.03.2006).

Desta forma, declaro a nulidade e afastamento a cobrança, pelo réu, da tarifa e/ou taxa para fins de reembolso de despesas administrativas tidas com a concessão do financiamento à parte autora.

Ainda, no que se refere ao Imposto sobre Operações Financeiras, foi instituído pela Lei n. 5.143/66 e, atualmente, encontra-se regulamento pelo Decreto n. 4.494/2002, que dispõe no sentido de que o mesmo incide sobre operações de crédito realizadas por instituições financeiras (art. 2º, inc. I, letra 'a'), tendo como fato gerador 'a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado (Lei n. 5.172, de 1966, art. 63, inciso I' (art. 3º, caput).

Também estabelece, o referido Decreto n. 4.494/2002, que entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado (art. 3º, § 1º, inc. I).

No caso dos autos, verifica-se que o demandado fez incidir o IOF sobre as parcelas contratadas, nestas incluídos juros remuneratórios e demais encargos, violando as disposições acima mencionadas, que expressamente determinam a sua incidência e cobrança na data da efetiva entrega do valor financiado ou da sua colocação à disposição deste.

Constata-se, assim, que o contrato objeto desta Ação Revisional atribuí, à parte autora, obrigação iníqua e abusiva, que o coloca em situação de desvantagem exagerada e incompatível com a boa-fé e a equidade contratual (CDC, art. 51, inc. IV), motivo pelo qual merece ser afastada essa forma de cobrança do IOF, eis que nula de pleno direito.”

III - DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA SUJEITA AO RITO REPETITIVO E OBJETO DA SUSPENSÃO DE PROCESSOS NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS

As tarifas em questão nos presentes autos são apenas as que têm por objeto direto a concessão e cobrança do crédito, a saber, a tarifa para confecção de cadastro e abertura de crédito (TAC ou outra denominação que sirva para remunerar o mesmo fato gerador) e para emissão de boleto de pagamento ou carnê (TEC ou outra denominação que sirva para remunerar o mesmo fato gerador).

Igualmente, foi afetada para julgamento, segundo o rito do art. 543-C, a questão relativa ao financiamento do IOF.

Apenas a controvérsia acerca dessas questões, portanto, justifica a suspensão dos processos na instância de origem.

As demais matérias tratadas nas manifestações juntadas aos autos, como valores cobrados para ressarcir serviços de terceiros e tarifas por serviços não cogitados nestes autos, não estão sujeitas a julgamento e, portanto, escapam ao objeto do recurso repetitivo, embora os fundamentos adiante expostos devam servir de premissas para o exame de questionamentos acerca da generalidade das tarifas bancárias.

IV- DISCIPLINA LEGAL DAS TARIFAS BANCÁRIAS

Para análise da matéria, necessária a lembrança do teor dos arts. 4º, VI, e 9º da Lei 4.595/1964:

“Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

(...)

VI - Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras;

(...)

IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil (...)"

(...)

Art. 9º Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional."

Deve-se ter presente, de início, que os dispositivos em questão integram diploma legal com natureza de lei complementar e específica em relação ao Sistema Financeiro Nacional, o que pretere a aplicação do Código Civil e do CDC naquilo em que incompatível, consoante entendimento manifestado por julgados deste Tribunal em matérias análogas, como, por exemplo, no REsp 680.237/RS (2ª Seção, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 15.3.2006).

Do citado precedente, extraio a seguinte argumentação, elaborada em relação aos juros remuneratórios, mas que tem a mesma pertinência como o caso presente:

"De efeito, a Lei n. 4.595/1964, disciplina o Sistema Financeiro Nacional e atribui ao Conselho Monetário Nacional competência exclusiva para regular as taxas de juros praticadas pelas entidades sujeitas à dita autoridade monetária, se entender necessário.

Portanto, a temática referente aos juros remuneratórios praticados no aludido Sistema Financeiro encontra regulação por inteiro e especial naquele texto legal (...)

(...)

A especialidade da Lei n. 4.595/1964 já era reconhecida pelo C. STF desde quando levado a apreciar à aplicabilidade ou não da Lei de Usura aos contratos do Sistema Financeiro Nacional em face da limitação dos juros, como se vê do RE n. 78.953/SP, com esta ementa:

'1. Mútuo. juros e condições.

II. A Caixa Econômica faz parte do Sistema Financeiro Nacional - art. 1º, inciso V, da Lei 4.595/64, e, em consequência, está sujeita às limitações

e à disciplina do Banco Central, inclusive quanto às taxas de juros e mais encargos autorizados.

III - O art. 1º do Decreto 22.626/33 está revogado 'não pelo desuso ou pela inflação, mas pela Lei 4.595/64, pelo menos ao pertinente às operações com as instituições de crédito, públicas ou privadas, que funcionam sob o estrito controle do Conselho Monetário Nacional!'

IV - Reconhecido e provido.'

(2ª Turma, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, DJU de 11.04.1975)

Esse julgamento e outros que lhe sucederam deram origem à Súmula n. 596-STF, que reza:

'As disposições do Dec. n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional.'

(...)

Em acréscimo, relevante observar que com a edição da atual Carta Política, que destinou capítulo exclusivo ao Sistema Financeiro Nacional ao tratar da ordem econômica, previu-se que a regulamentação do setor depende de lei complementar, de sorte que, por conseqüência, a legislação anterior e especial, que regia e rege o Sistema até o momento, igual *status* possui.

Esse entendimento já foi sufragado em julgamentos anteriores das Turmas de Direito Privado desta Corte, a saber:

(...)

A doutrina de Celso Ribeiro Bastos, neste aspecto, traz a seguinte lição ao comentar o artigo 192 do Texto Magno, ainda antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 40/2003:

'O presente artigo estipula que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar. Na verdade já existe o referido sistema disciplinado pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que passa a vigorar com força de lei complementar. Não é que a referida lei se converta em norma dessa categoria. O que acontece é que, não podendo a matéria atinente ao sistema financeiro ser disciplinada senão por lei complementar, a normatividade anterior, nada obstante não constar de norma dessa natureza, só pode ser modificada por preceito dessa categoria legislativa. Daí a sua eficácia ser de lei complementar e poder falar-se, em conseqüência, que a Lei n. 4.595/64 tem força de lei complementar. São duas as matérias que lhe cabem: estruturar o sistema financeiro com vistas aos objetivos descritos no artigo sob comento e tratar de forma

específica dos incisos constantes do artigo, assim como dos seus parágrafos, sobretudo o terceiro, que exige uma legislação integradora.’

(‘Comentários à Constituição do Brasil’, vol. 7, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000, p. 348)

(...)

Tal prática, ressalte-se, não foi inaugurada pela atual Constituição Federal, posto que o Código Tributário Nacional, editado sob a forma de lei ordinária na vigência da Carta de 1946, adquiriu caráter semelhante com o texto constitucional de 1967.

(...)

Em conclusão, tenho que mesmo para os contratos de agentes do Sistema Financeiro Nacional celebrados posteriormente à vigência do novo Código Civil, que é lei ordinária, os juros remuneratórios não estão sujeitos à limitação, devendo ser cobrados na forma em que ajustados entre os contratantes, consoante a fundamentação acima, que lhes conferia idêntico tratamento antes do advento da Lei n. 10.406/2002, na mesma linha da Súmula n. 596 do E. STF.

Observe, contudo, que isso não afasta a conclusão a que chegou esta 2ª Seção no julgamento do REsp n. 271.214/RS, sobre a incidência do CDC a tais contratos, se demonstrada, concretamente, a abusividade, nos termos daquele acórdão majoritário.”

Fixada em sólidos alicerces essa premissa, tem-se que, com base na autorização prevista nos arts. 4º, VI e IX, e 9º da Lei 4.595/64, lei recebida como complementar, o Conselho Monetário Nacional, por intermédio do Banco Central, editou sucessivas resoluções sobre a remuneração a ser paga pelos serviços bancários, dentre as quais passarei a analisar as pertinentes a tarifas bancárias.

Resolução CMN 2.303/1996

Conforme se extrai da manifestação do Banco Central, ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, vigente quando da celebração do contrato de financiamento em questão, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era basicamente não intervencionista, vale dizer, “a regulamentação facultava às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, *desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente*, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição.”

Os serviços básicos, não passíveis de cobrança de tarifa, eram: (a) fornecimento de cartão magnético ou de talonário de cheque; (b) substituição de cartão magnético; (c) expedição de documentos destinados à liberação de garantias de qualquer natureza; (d) devolução de cheques, exceto por insuficiência de fundos; e) manutenção de determinados tipos de contas; e (f) fornecimento de um extrato mensal.

Quanto aos demais serviços, “a cobrança de tarifa sempre esteve condicionada (*vinculada*) ao exercício ou desempenho de uma atividade possível, lícita e determinada por instituição financeira.” (e-STJ 307) Determinava, ainda, a Resolução CMN 2.303/1996, com a redação dada pela Resolução CMN 2.747/2000, a afixação obrigatória de quadro, nas dependências da instituição, em local visível ao público, contendo a relação dos serviços tarifados e respectivos valores, periodicidade da cobrança e o esclarecimento de que os valores haviam sido estabelecidos pela própria instituição. Somente as tarifas constantes do quadro poderiam ser cobradas e eventual reajuste ou criação de nova tarifa deveria ser informado ao público com antecedência mínima de trinta dias.

Resolução CMN 3.518/2007 e Circular BACEN 3.371/2007.

Tal sistema mudou com a Resolução CMN 3.518, de 2007, eficaz a partir de 30.4.2008, data em que ficou revogada a Resolução CMN 2.303/1996.

A Resolução CMN 3.518/2007 buscou padronizar a nomenclatura das tarifas, a fim de tornar viável a comparação, pelos clientes bancários, dos valores cobrados por cada serviço, favorecendo a concorrência entre as instituições financeiras.

Os serviços foram, então, divididos em quatro categorias: (1) os *essenciais*, enumerados no art. 2º, não passíveis de tarifação; (2) os *prioritários*, abrangendo os principais serviços prestados a pessoas físicas, cuja cobrança é restrita àqueles definidos pelo BACEN; (3) os *especiais*, discriminados no art. 4º da Resolução, regidos por legislação própria, entre os quais o crédito rural, mercado de câmbio, PIS/PASEP, penhor civil e operações de microcrédito e (4) os *diferenciados*, enumerados no art. 5º, que admitem a cobrança de tarifa, desde que explicitadas ao cliente ou usuário as condições de utilização e pagamento.

Os serviços prioritários foram assim definidos:

“Art. 3º Os *serviços prioritários* para pessoas físicas, assim considerados aqueles relacionados às contas de depósito, transferências de recursos, operações de

crédito e cadastro, *serão definidos pelo Banco Central do Brasil*, que estabelecerá a padronização de nomes e canais de entrega, a identificação por siglas e a descrição dos respectivos fatos geradores.

Parágrafo único. *A cobrança de tarifas de pessoas físicas pela prestação, no País, de serviços prioritários fica limitada às hipóteses previstas no caput.* (grifo não constante do original).

Em cumprimento ao disposto no art. 3º acima transcrito, o BACEN editou a Circular 3.371, de 6.12.2007, definindo, na forma da Tabela I a ela anexa, os serviços prioritários relacionados a contas de depósitos, transferências de recursos, operações de crédito e cadastro e, na Tabela II, o pacote padronizado de serviços prioritários cujo oferecimento obrigatório é previsto no art. 6º da Resolução CMN 3.518/2007. Estabeleceu, ainda, a referida circular que a cobrança de tarifa por serviço prioritário não previsto nas Tabelas I e II depende de autorização do Banco Central.

Da referida Tabela I não consta a Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e nem a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC), donde a conclusão de que deixou de ser permitida a estipulação de cobrança por tais serviços.

Foi, todavia, expressamente prevista na Circular 3.371/2007 a Tarifa de Cadastro, cujo fato gerador da cobrança foi definido como “exclusivamente, realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento de conta-corrente de depósitos, conta de depósitos de poupança e operações de crédito e de arrendamento mercantil.”

Constou, ainda, da Circular 3.371/2007 a Tarifa de Renovação de Cadastro, para remunerar a “atualização de dados cadastrais para atendimento da regulamentação acerca da política de “conheça seu cliente” cobrada no máximo duas vezes ao ano.” A Tarifa de Renovação de Cadastro foi abolida pela Circular BACEN 3.466, de 11.9.2009.

Resolução CMN 3.693/2009

Como visto, desde a Circular BACEN 3.371/2007, que implementou a padronização preconizada pela Resolução CMN 3.518/2007, a pactuação da TEC deixou de ter amparo legal. A vedação tornou-se explícita com a edição da Resolução 3.693/2009, cujo art. 1º, § 2º, estabeleceu não ser admitido o ressarcimento “de despesas de emissão de boletos de cobrança, carnês e assemelhados.”

Resolução CMN 3.919/2010

Posteriormente, a Resolução CMN 3.919/2010 revogou a Resolução CMN 3.518/2007, alterando e consolidando as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Os serviços continuaram a ser classificados nas categorias de *essenciais* (não passíveis de cobrança), *prioritários*, *especiais* e *diferenciados*.

Os serviços prioritários foram definidos pelo art. 3º da Resolução CMN 3.919/2010 como “aqueles relacionados a contas de depósitos, transferências de recursos, operações de crédito e de arrendamento mercantil, cartão de crédito básico e cadastro”. Dispôs, ainda, o art. 3º que a cobrança de tarifas pela prestação de serviços incluídos nesta categoria deve observar “a lista de serviços, a padronização, as siglas e os fatos geradores da cobrança estabelecidos na Tabela anexa à esta resolução.”

Na Tabela anexa à resolução não consta a Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e nem de Tarifa de Emissão de Carnê (TEC), de forma que não mais é lícita a sua estipulação.

Continuou permitida a Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de “realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente”.

Neste ponto, importante ressaltar a distinção feita pelo Banco Central entre a atual Tarifa de Cadastro e a antiga Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e demais tarifas no passado cobradas pela disponibilização ou manutenção de um limite de crédito ao cliente, ressaltando que a TAC “era usualmente cobrada sobre qualquer operação de crédito, mesmo que o tomador já fosse cliente do estabelecimento bancário”; a Tarifa de Cadastro, a seu turno, “somente pode incidir no início do relacionamento entre o cliente e instituição financeira, e se justifica pela necessidade de ressarcir custos com realização de pesquisas em cadastros, bancos de dados e sistemas”.

A propósito da Tarifa de Cadastro, afirma a FEBRABAN que, em função de Autorregulação Bancária, conforme Normativo Sarb 005/2009, o consumidor não é obrigado a contratar o serviço de cadastro junto à instituição financeira, já

que tem as alternativas de providenciar pessoalmente os documentos necessários à comprovação de sua idoneidade financeira ou contratar terceiro (despachante) para fazê-lo (e-STJ fl. 459-460).

Em síntese, não estando listadas entre as tarifas passíveis de cobrança por serviços prioritários na Resolução CMN 3.518/2007 e respectiva Tabela I da Circular BACEN 3.371/2007, eficaz a partir de 30.4.2008, nem na Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011, a Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) deixaram de ser legitimamente passíveis de pactuação com a entrada em vigor da Resolução CMN.518/2007. Os contratos que as estipularam até 30.4.2008 não apresentam eiva de ilegalidade, salvo demonstração de abuso, em relação às práticas de mercado em negócios jurídicos contemporâneos análogos.

Por outro lado, o serviço de confecção de cadastro continua a ser passível de cobrança, no início do relacionamento, desde que contratado expressamente, por meio da “Tarifa de Cadastro”.

V - IOF FINANCIADO

Especificamente quanto à forma de cobrança do IOF, tributo de responsabilidade do mutuário, não se discute que a obrigação tributária arrecadatória e o recolhimento do tributo à Fazenda Nacional foi cumprido por inteiro pela instituição financeira, o agente arrecadador, de sorte que a relação existente entre esta e o mutuário é decorrente da transferência ao Fisco do valor integral da exação tributária. Este é o objeto do financiamento acessório, sujeito às mesmas condições e taxas do mútuo principal, destinado ao pagamento do bem de consumo.

O financiamento do valor devido pelo consumidor à Fazenda, pela instituição financeira arrecadadora, não padece de ilegalidade ou abusividade, senão atendimento aos interesses do financiado, que não precisa desembolsar de uma única vez todo o valor, ainda que para isso esteja sujeito aos encargos previstos no contrato.

VI - JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA

Conclui-se, portanto, que a posição assumida pelo acórdão recorrido contraria o entendimento desta Corte, no sentido de que, havendo pactuação

expressa, “em relação à cobrança das tarifas de abertura de crédito, emissão de boleto bancário e IOF financiado, há que ser demonstrada de forma objetiva e cabal a vantagem exagerada extraída por parte do recorrente que redundaria no desequilíbrio da relação jurídica, e por conseqüência, na ilegalidade da sua cobrança”, o que não ocorreu no caso dos autos. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO AFASTADA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. CUMULAÇÃO VEDADA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. PACTUAÇÃO EXPRESSA. NECESSIDADE. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. PRESSUPOSTO NÃO-EVIDENCIADO. INSCRIÇÃO DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. LEGITIMIDADE.

1. A alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada em mútuo bancário e a vedação à cobrança da taxa de abertura de crédito, à tarifa de cobrança por boleto bancário e ao IOF financiado dependem, respectivamente, da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado e da comprovação do desequilíbrio contratual.

2. Nos contratos bancários firmados posteriormente à entrada em vigor da MP n. 1.963-17/2000, reeditada sob o n. 2.170-36/2001, é lícita a capitalização mensal dos juros, desde que expressamente prevista no ajuste.

3. É admitida a cobrança da comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Bacen.

4. Não evidenciada a abusividade das cláusulas contratuais, não há por que cogitar do afastamento da mora do devedor.

5. A simples discussão judicial da dívida não é suficiente para obstar a negativação do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes.

6. Agravo regimental desprovido.”

(4ª Turma, AgRg no REsp 1.003.911/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, unânime, DJe de 11.2.2010, grifei)

“DIREITO BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA PREVISTA NO CONTRATO RECONHECIDAMENTE ABUSIVA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 7 DO STJ. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. AUSÊNCIA DE EXPRESSA PACTUAÇÃO CONTRATUAL. SÚMULAS 5 E 7/STJ. TARIFA PARA ABERTURA DE CRÉDITO E PARA EMISSÃO DE CARNÊ. LEGITIMIDADE. ABUSIVIDADE NÃO DEMONSTRADA. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. COBRANÇA DE ACRÉSCIMOS INDEVIDOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma suficiente sobre a questão posta nos

autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte caso os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. A Segunda Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.061.530/RS, submetido ao rito previsto no art. 543-C do CPC, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJe 10.3.2009, consolidou o seguinte entendimento quanto aos juros remuneratórios: a) as instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) são inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 combinado com o art. 406 do CC/02; d) é admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada ante as peculiaridades do julgamento em concreto.

3. O Tribunal *a quo*, com ampla cognição fático-probatória, considerou notadamente demonstrada a abusividade da taxa de juros remuneratórios pactuada no contrato em relação à taxa média do mercado. Incidência da Súmula 7 do STJ.

4. A capitalização de juros não se encontra expressamente pactuada, não podendo, por conseguinte, ser cobrada pela instituição financeira. A inversão do julgado demandaria a análise dos termos do contrato, o que é vedado nesta esfera recursal extraordinária em virtude do óbice contido nas Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

5. As tarifas de abertura de crédito (TAC) e emissão de carnê (TEC), por não estarem encartadas nas vedações previstas na legislação regente (Resoluções 2.303/1996 e 3.518/2007 do CMN), e ostentarem natureza de remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consumidor, quando efetivamente contratadas, consubstanciam cobranças legítimas, sendo certo que somente com a demonstração cabal de vantagem exagerada por parte do agente financeiro é que podem ser consideradas ilegais e abusivas, o que não ocorreu no caso presente.

6. A cobrança de acréscimos indevidos a título de juros remuneratórios abusivos e de capitalização dos juros tem o condão de descaracterizar a mora do devedor. Precedentes.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão, parcialmente provido, sem alteração nos ônus sucumbenciais fixados pelo Tribunal de origem.

(4ª Turma, REsp 1.246.622/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, unânime, DJe de 16.11.2011, grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. ADMISSIBILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. COMISSÃO

DE PERMANÊNCIA COBRANÇA CUMULADA COM OS DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.

1.- A capitalização dos juros é admissível quando pactuada e desde que haja legislação específica que a autorize. Assim, permite-se sua cobrança na periodicidade mensal nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-Lei n. 167/67 e Decreto-Lei n. 413/69), bem como nas demais operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que celebradas a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.00).

2.- Os juros pactuados em taxa superior a 12% ao ano não são considerados abusivos, exceto quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado, após vencida a obrigação, hipótese não ocorrida nos autos.

3.- Os juros remuneratórios, quando ausente o percentual contratado, incidem pela taxa média do mercado em operações da espécie, apurados pelo Banco Central do Brasil.

4.- É vedada a cobrança cumulada da comissão de permanência com juros remuneratórios, correção monetária e/ou juros e multa moratórios, nos contratos bancários.

5.- Conforme entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal, no mesmo passo dos juros remuneratórios, *'em relação à cobrança das tarifas de abertura de crédito, emissão de boleto bancário e IOF financiado, há que ser demonstrada de forma objetiva e cabal a vantagem exagerada extraída por parte do recorrente que redundaria no desequilíbrio da relação jurídica, e por consequência, na ilegalidade da sua cobrança'* (AgRg no REsp 1.003.911/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 11.2.2010).

6.- O agravante não trouxe qualquer argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, o qual se mantém por seus próprios fundamentos.

7.- Agravo Regimental improvido."

(3ª Turma, AgRg no AREsp 90.109/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, unânime, DJe de 9.5.2012)

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ENCARGOS MORATÓRIOS. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA DE ERRO. DESNECESSIDADE. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ENCARGOS DA NORMALIDADE. COBRANÇA LEGÍTIMA. MORA DEBENDI. CARACTERIZAÇÃO. TAC. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. DISPOSIÇÃO EX OFFICIO. AFASTAMENTO.

1. 'Nos contratos de mútuo bancário, os encargos moratórios imputados ao mutuário inadimplente estão concentrados na chamada comissão de permanência, assim entendida a soma dos juros remuneratórios à taxa média de

mercado, nunca superiores àquela contratada, dos juros moratórios e da multa contratual, quando contratados; nenhuma outra verba pode ser cobrada em razão da mora. Recurso especial não conhecido' (REsp 863.887/RS, Rel. Min. ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/03/2007, DJe 21/11/2008)

2. Possível a repetição de indébito sempre que constatada a cobrança indevida de algum encargo contratual, mostrando-se desnecessária prova de erro no pagamento, porquanto suficiente à justificação da incidência dos institutos, o repúdio ao enriquecimento sem causa.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, se os encargos da normalidade exigidos pela instituição financeira não são abusivos, entende-se que a inadimplência não pode ser atribuída ao credor, razão pela qual há de se entender configurada a 'mora debendi'.

4. 'A alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada em mútuo bancário e a vedação à cobrança das taxas denominadas TAC e TEC dependem da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado e da comprovação do desequilíbrio contratual' (AgRg no REsp 1.061.477/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010)

5. 'Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas' (Súmula 381/STJ).

6. Agravo regimental parcialmente provido."

(3ª Turma, AgRg no REsp 897.659/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, unânime, DJe de 9.11.2010)

A mesma orientação tem sido adotada em decisões singulares, como se observa, entre outras, no REsp 1.269.226/RS (Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe de 30.3.2012), REsp 1.272.084/RS (Rel. Ministra Nancy Andrichi, DJe de 26.3.2012), REsp 1.305.361/RS (Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe de 26.3.2012), REsp 1.071.290/RN (Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe de 29.11.2011) e AREsp 1.736/RS (Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe de 10.4.2012).

Consolidando esses diversos precedentes, a 2ª Seção, sob minha relatoria, sufragou entendimento favorável à possibilidade de cobrança das referidas tarifas, no julgamento do REsp 1.270.174/RS, cuja ementa possui a seguinte redação:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO (TAC).

TAXA DE EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE.

1. Não viola a norma de regência dos embargos de declaração o acórdão que apenas decide a lide contrariamente aos interesses da parte.

2. As normas regulamentares editadas pela autoridade monetária facultam às instituições financeiras, mediante cláusula contratual expressa, a cobrança administrativa de taxas e tarifas para a prestação de serviços bancários não isentos.

3. As tarifas de abertura de crédito (TAC) e emissão de carnê (TEC), por não estarem encartadas nas vedações previstas na legislação regente (Resoluções 2.303/1996 e 3.518/2007 do CMN), e ostentarem natureza de remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consumidor, quando efetivamente contratadas, consubstanciam cobranças legítimas, sendo certo que somente com a demonstração cabal de vantagem exagerada por parte do agente financeiro é que podem ser consideradas ilegais e abusivas, o que não ocorreu no caso presente (REsp 1.246.622/RS, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, unânime, DJe de 16.11.2011)

4. Recurso especial conhecido e provido." (DJe de 5.11.2012)

Neste último precedente citado, em resposta a ponderações no sentido de que as tarifas para o custeio de despesas relacionadas aos serviços bancários deveriam integrar o cálculo da taxa de juros, observei:

"Penso que todos os encargos contratuais devem estar claramente previstos no contrato. Os valores cobrados no contrato bancário de adesão devem ser compatíveis com o mercado e claramente divulgados. Não viola o CDC sejam explicitados no contrato bancário os valores dos custos administrativos do contrato de conta-corrente, do contrato de financiamento, entre outros; o valor de cada serviço extra prestado ao consumidor (como emissão de talões de cheques em número superior ao mínimo estabelecido pelo BACEN, cartões excedentes, segunda via de extratos, pesquisa de cadastro etc), ao lado do valor da taxa de juros efetiva. Quanto mais detalhada a informação constante do contrato, mais transparente será o contrato, maior a possibilidade de o consumidor verificar a taxa de juros real.

Na linha da preocupação manifestada pelo Ministro Sanseverino, a Resolução 3.517/2007 do CNM, posterior ao financiamento, determina conste do contrato o Custo Efetivo Total (CET), no qual estão embutidos a taxa de juros, as tarifas, tributos, seguros e as despesas administrativas contratadas.

Assim, após a Resolução 3.517/2007, além da taxa de juros efetiva e dos demais encargos (inclusive as tarifas), deve constar do contrato o CET, parâmetro

seguro para a comparação dos custos do financiamento almejado nas diferentes instituições financeiras, pelo consumidor atento aos encargos que irá assumir.

A expressa e discriminada menção no contrato de todos os custos nele compreendidos – ao invés de serem embutidos na taxa de juros – possibilita melhor conhecimento e margem de negociação pelo consumidor.

Hoje já é possível, em algumas instituições bancárias, deixar de pagar tarifa para abertura de crédito (tarifa de cadastro ou qualquer outra tarifa com o mesmo objetivo), fornecendo o cliente ao banco todas as certidões negativas e demais pesquisas necessárias à aferição de sua capacidade econômica. Outros custos administrativos, como a vistoria de veículos, podem ser objeto de entendimentos prévios entre as partes, ou pactuados no contrato, dele constando expressamente o seu custo. Embutir todos os custos administrativos do financiamento na taxa de juros – cuja finalidade é remunerar o capital emprestado e não, por exemplo, fazer pesquisa de capacidade financeira ou vistoria de carros financiados, objeto de *leasing* – não atende ao princípio da transparência e da boa-fé objetiva.

Engessar a liberdade contratual de especificar a composição dos encargos do financiamento no contrato não acarretará a redução da taxa de juros real vigente na economia. Se os bancos forem proibidos de pactuar os custos administrativos ao lado da taxa de juros, ficará, a meu sentir, prejudicado o princípio da transparência, porque esses mesmos custos incrementarão da taxa de juros, como reconhece o próprio voto divergente.

Por fim, tendo em conta as lúcidas ponderações do Ministro Ricardo Cueva, anoto que eventual deficiência no ambiente de concorrência inerente ao mercado, porventura observada na prática, entre instituições financeiras, justifica a atuação segura de órgãos públicos, especialmente o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional, mas não do Poder Judiciário na análise individual de alguns casos trazidos à sua apreciação.

O Poder Judiciário não tem a visão de conjunto macro-econômica das autoridades monetárias. Sua atuação em casos isolados, infirmo regras contratuais compatíveis com a regulamentação do BACEN e não destoantes das práticas e valores de mercado, implicaria, data maxima vênia, ofensa aos princípios do *pacta sunt servanda*, da autonomia da vontade e prejuízo manifesto à segurança jurídica, ensejando o aumento do risco e dos juros para a generalidade dos consumidores e não de sua diminuição.”

Reafirmo o entendimento acima exposto, no sentido da legalidade das tarifas bancárias, desde pactuadas de forma clara no contrato e atendida a regulamentação expedida pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central, ressalvado abuso devidamente comprovado, caso a caso, em comparação com os preços cobrados no mercado.

Esse abuso há de ser objetivamente demonstrado, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.

Anoto que o Banco Central do Brasil divulga os valores mínimo, máximo, a periodicidade de cobrança, e a média das diversas tarifas cobradas pelos bancos, o que permite, a exemplo do que já ocorre com os juros remuneratórios, e em conjunto com as demais circunstâncias de cada caso concreto, notadamente o tipo de operação e o canal de contratação, aferir a eventual abusividade, em relação às práticas de mercado, das tarifas cobradas.

O Custo Efetivo Total (CET) cumpre o objetivo, perseguido pelas entidades de defesa do consumidor, de esclarecer o somatório dos encargos incidentes sobre o mútuo. A meu ver, em nada acrescentaria à transparência do pacto suprimir do contrato as informações referentes ao detalhamento da taxa real de juros, tarifas de serviços e tributos, embutindo todas as despesas sob a rubrica “juros”, para obter a mesma informação, já expressa no contrato, do CET.

Um exemplo prático ilustra a questão: a Tarifa de Avaliação de Bens dados em Garantia (permitida pela Resolução CMN 3.919) somente é cobrada, por motivos óbvios, em caso de veículo usado. Atualmente, o custo deste serviço de avaliação constará em item separado do contrato. A prevalecer o entendimento de que as tarifas devem integrar a taxa de juros, de duas uma: ou os juros de financiamento de veículo usado serão maiores do que os cobrados em caso de veículo novo ou a taxa de juros do financiamento do veículo novo será inflada por custo de avaliação desnecessária.

A Tarifa de Cadastro, hoje permitida apenas no início do relacionamento entre a instituição financeira e o consumidor, ficaria embutida na taxa de juros cobrada em sucessivas operações realizadas com o mesmo cliente. Ou haveria estipulação de taxa de juros maior para o início do relacionamento bancário. Não vejo, data máxima vênica, como tal procedimento possa favorecer ao dever de informação e de transparência ou resultar em diminuição do custo do financiamento.

Quanto à Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) ou Boleto (TEB), a qual remunerava a comodidade de o cliente, a seu pedido, solver a obrigação mediante documento liquidável em qualquer banco, não mais subsiste, como visto, a partir da Resolução CMN 3.518, eficaz desde 30.4.2008. Assim, o custo

da emissão do boleto foi incorporado à taxa de juros com a qual deverão arcar todos os consumidores, independentemente de sua disposição original de pagar diretamente à instituição financeira credora, sem a necessidade de emissão do boleto para a compensação bancária.

O embutimento do custo da emissão de carnês de pagamento na taxa de juros não atende ao dever de informação e transparência e nem implica necessariamente a diminuição da onerosidade do contrato. A vedação de sua cobrança em separado deve ser obrigatoriamente observada pelas instituições financeiras não em decorrência do CDC, mas em respeito à uniformidade de tratamento dos encargos bancários ditada pela autoridade monetária, a qual, dentro de sua competência (CF, art. 192 e Lei 4.595/64, art. 4º e 9º) e com sua visão técnica e macro-econômica do sistema financeiro, impôs esta conduta, orientando assim o proceder futuro dos agentes de mercado na pactuação das cláusulas contratuais.

Como afirmado pelo Ministro Antônio Carlos Ferreira em seu voto no REsp 1.270.174 se as tarifas bancárias “não estiverem previstas claramente no contrato, certamente estarão adicionadas ao custo da operação, nos juros. Não é porque o mercado é mau; é porque é racional”.

Prefiro dizer: o mercado é real e inexorável. A racionalidade do mercado muitas vezes somente é compreendida no futuro. A autoridade monetária pode não acertar, se vista a sua opção em época posterior. Mas seguir as regras por ela ditadas em abstrato, no âmbito estrito de sua competência, é imperativo constitucional e legal.

Os agentes financeiros agem tendo por base as regras do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central. Caberá ao Judiciário, na análise de cada caso concreto, apreciar alegações de lesão de direito, seja em caso de indevida aplicação retroativa da regra editada pela autoridade monetária, de extravasamento de sua competência, do que não se cogita nos autos, de vício de transparência do contrato ou de abuso nos valores cobrados, tendo em conta os parâmetros do mercado.

A quebra do sistema, pelo Poder Judiciário, com a declaração de ilegalidade de taxas expressamente previstas na regulamentação do CMN/BACEN, acarretaria insegurança jurídica e, em consequência, aumento do risco e da taxa de juros, em prejuízo do próprio consumidor.

Em síntese, retifico, em parte, a fundamentação de meu voto no REsp 1.270.174/RS, para concluir que desde 30.4.2008, data do início da eficácia

da Resolução CMN 3.518/2007 e respectiva Tabela I da Circular BACEN 3.371/2007, não mais é jurídica a pactuação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC, TEB ou qualquer outra denominação dada ao mesmo fato gerador) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC ou qualquer outro nome conferido ao mesmo fato gerador que não seja o da Tarifa de Cadastro). A cobrança da TAC e da TEC é permitida, portanto, apenas se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008. Permanece válida, todavia, até os dias atuais, a Tarifa de Cadastro, prevista expressamente na Tabela anexa à referida Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

VII - TESES REPETITIVAS

Ficam estabelecidas as seguintes teses para o efeito do art. 543-C, do CPC:

1ª TESE

Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

2ª TESE

Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

3ª TESE

Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

VIII - CASO EM JULGAMENTO

No caso específico dos autos, cuida-se de contrato de financiamento (fl. 148) celebrado em 18.7.2006 (fls. 4 e 92), anteriormente portanto à vedação imposta pela Resolução CMN 3.518/2007, de modo que é lícita a exigência das tarifas de abertura de crédito e de emissão de carnê.

Anoto que o acórdão recorrido reconheceu a pactuação expressa das tarifas questionadas (fl. 191), não afirmou estivessem sendo exigidas em desacordo com a regulamentação expedida pelo CMN/BACEN e nem que o valor acordado fosse abusivo. Sendo assim, aplicou o art. 51, inciso IV, do CDC à situação que a ele não se subsume, violando, portanto, o referido dispositivo legal, bem como o art. 4º da Lei 4.595/1964, sob a égide do qual foi publicada a Resolução CMN 2.303/1996.

Acerca da taxa de juros capitalizados, a Segunda Seção adotou, para os efeitos do art. 543-C do CPC, o entendimento de que “A capitalização de juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada” (2ª Seção, REsp 973.827/RS, acórdão de minha relatoria, DJe de 24.9.2012). No caso dos autos, houve previsão de taxa mensal de 2,1129700% (fl. 151) e de taxa efetiva anual de 28,52%. Dessa forma, legítima a cobrança da taxa efetiva anual de juros remuneratórios, tal como convencionada.

Em face do exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso especial, para que sejam observados os juros remuneratórios nas taxas mensal e anual efetiva, como pactuados, e para restabelecer a cobrança das taxas/tarifas de despesas administrativas para abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC) e a cobrança parcelada do IOF.

Diante da sucumbência recíproca, na forma do art. 21, *caput*, do CPC, arcarão as partes com os honorários de seus advogados.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrigli: Cuida-se de recurso especial interposto por AYMORÉ CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ/RS.

A controvérsia objeto de afetação à 2ª Seção nos moldes do art. 543-C do CPC se limita em verificar a legitimidade da cobrança de tarifas administrativas para concessão e cobrança dos créditos oriundos de contratos bancários.

A despeito de ter acompanhado o voto da i. Ministra Relatora em sessão ocorrida no dia 28.08.2013, peço as mais respeitosas vênias para ressaltar meu posicionamento quanto à matéria, transcrevendo – no que pertine – voto-vista que proferi quando do julgamento do recurso especial n. 1.270.174/RS, por esta mesma 2ª Seção, em 27.06.2012:

(...)

Pedi vista antecipada para melhor apreciação da controvérsia.

Revisados os fatos, decido.

Conquanto a i. Min. Relatora e o i. Min. Villas Bôas Cueva tenham desenvolvido uma bem lançada linha argumentativa, inclusive elaborando enriquecedor quadro demonstrativo do panorama regulamentar elaborado pelo Banco Central relativo à cobrança, pelas instituições financeiras, de tarifas de serviços, entendo cabível fazer algumas ponderações adicionais acerca do assunto, especialmente tendo em vista as também substanciais observações lançadas pelo i. Min. Paulo de Tarso Sanseverino em seu voto divergente.

A primeira questão que salta aos olhos na análise do processo em julgamento, com todas as vênias à i. Min. Relatora, é a de que o acórdão recorrido, analisando o contrato de financiamento que deu origem à lide, reconheceu a abusividade da cláusula contratual que estabeleceu a cobrança das Taxas de Abertura de Crédito (TAC) e de Emissão de Carnê (TEC). Assim, ao menos em princípio, a revisão dessa parcela do acórdão esbarraria no óbice do Enunciado 5 da Súmula/STJ.

O óbice sumular vem sendo contornado, nesta Corte, mediante a observação de que o reconhecimento da ilegalidade da cobrança de taxa de abertura de crédito ou de emissão de boletos bancários dependem de "*demonstração cabal de sua abusividade*". Há inúmeros precedentes nesse sentido, inclusive citados no voto da i. Min. Relatora.

Contudo, o fundamento pelo qual o TJ/RS afastou referida cobrança não foi apenas o da abusividade da cláusula, mas também o de que "*o contrato não explica a razão da cobrança desta tarifa e/ou taxa, pois nela apenas consta o seu valor*". Ou seja, o TJ/RS reputou que a instituição financeira inadimpliu seu dever de *transparência e de informação* quanto aos termos e fundamentos do contrato aqui discutido. Esse dever tem posição de destaque no ordenamento jurídico, decorrendo não apenas das disposições do CDC (art. 4º, *caput* e inc. IV, 6º, III, 31, entre tantos outros), como também das inúmeras Resoluções do Conselho Monetário Nacional indicadas no recurso especial e nos votos precedentes, o que dá a medida de sua importância.

Se o acórdão recorrido entendeu inadimplido esse dever, com base na interpretação que deu do instrumento contratual, a revisão, nesta sede, é impossível, salvo se esta Corte, reapreciando as condições de fato que permeiam a lide, contrarie a afirmação contida no acórdão recorrido e exponha os motivos pelos quais o dever de informação foi adimplido. Isso, com todas as vênias, não é possível fazer.

Mas esse não é o único fundamento do acórdão recorrido. Além da violação do direito à informação, TJ/RS também reputou que a cobrança das taxas seria *abusiva*. Neste ponto, o julgado transita na área já abordada por inúmeros precedentes desta Corte, de modo que faria sentido, em princípio, exigir que a abusividade fosse *cabalmente demonstrada*, mediante o cotejo com a média cobrada pelas demais instituições financeiras em operações da mesma espécie.

No entanto, reputo importante observar que, conquanto a jurisprudência desta Corte já tenha reputado que a transferência deste custo ao consumidor não pode, por si só, justificar a revisão da cláusula, é intrigante o fato de que o *próprio Conselho Monetário Nacional*, posteriormente, veio a editar a Resolução n. 3.693/2009, do Banco Central, vedando a cobrança de taxa sobre “emissão de boletos de cobrança, carnês e assemelhados”. Ora, ainda que essa resolução somente tenha eficácia para vincular as instituições financeiras após 26 de março de 2009, é inegável o fato de que a própria autoridade reguladora do mercado financeiro *veio, ao final, a reconhecer a abusividade dessa cobrança*.

Se essa abusividade foi reconhecida pela própria autoridade reguladora para o período posterior à Resolução 3.693/2009, vedando-se de maneira cabal sua cobrança, por que não poderia o judiciário, analisando as normas contidas no CDC, dar a mesma interpretação também com relação à respectiva cobrança nos contratos mais antigos? Não se está, com isso, fazendo retroagir os efeitos da Resolução nova, mas apenas tomando-a como *cânone interpretativo* para as relações jurídicas anteriores à sua vigência. Neste ponto, é necessário ressaltar que a norma que regula a elaboração de todos esses contratos, em última análise, não é a Resolução 3.693 do Banco Central, mas o Código de Defesa do Consumidor, com suas disposições de caráter aberto, carentes de complementos de interpretação. A Resolução, ao reconhecer a abusividade de uma taxa para contratos assinados a partir de sua vigência, apenas revela uma abusividade que, em última análise, sempre esteve presente, mesmo porque as resoluções do CMN, como ato administrativo secundário, somente podem conter o que já estaria previamente autorizado pela Lei.

Assim, não basta, novamente com todas as vênias aos ilustres Ministros que divergem deste raciocínio, dizer que “somente em 2009 (...) é que se nota um significativo avanço regulamentar e institucional por parte das autoridades monetárias em busca de maior transparência, segurança jurídica e acesso à informação no mercado de serviços bancários”. Se a vedação à referida cobrança é um significativo avanço, se é uma medida que privilegia a transparência e a

segurança jurídica, a medida pode e deve ser reputada como contida na previsão do art. 51, IV, do CDC, independentemente de qualquer ato administrativo posterior.

E se a taxa de emissão de carnês (TEC), é abusiva pelos motivos descritos acima, o mesmo destino deve ter a taxa de abertura de crédito (TAC), uma vez que tanto uma, como outra, *consubstanciam cobranças impostas ao consumidor, sem um serviço a ele prestado como contrapartida*. As taxas destinam-se, em verdade, a cobrir custos da Instituição Financeira com o empréstimo. (...)

Forte nessas razões, acompanho a conclusão da i. Ministra Relatora, no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial, com a ressalva, porém, de meu entendimento pessoal consignado no presente voto.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Sr. Presidente, um dos vetores do Direito é a segurança jurídica e de uma Corte de precedentes, muito mais.

Não votei quando foram afetadas ao Superior Tribunal de Justiça as questões das tarifas, mas adiro ao voto da Ministra relatora, porque nenhum fato aconteceu entre aquele julgamento e este que pudesse importar em alteração do entendimento desta Corte; caso isso ocorresse, causaríamos uma perplexidade.

Há uma ou outra taxa que eu questionaria, mas não irei fazê-lo. A razão é muito simples: a Seção, a Corte quando decidiu, pacificou a matéria, e todos nós passamos a seguir a orientação firmada. Os Tribunais começaram a aplicar o entendimento com pouca recalcitrância. Reabrir tudo isso seria jogar por terra a estabilidade da decisão do Superior Tribunal de Justiça e colocar em xeque a segurança jurídica, princípio essencial à pacificação social.

Por isso, reafirmo meu voto, registrando o excelente trabalho da Ministra Isabel Gallotti, cujo voto foi percuciente, detalhado e exaustivo.

Acompanho, então, a Ministra relatora.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, também cumprimento a eminente Relatora pelo seu percuciente voto, que também

acompanho, mas ressaltando o meu posicionamento pessoal acerca do tema, que deixei consignado no meu voto vencido no Recurso Especial n. 1.270.174, que reconhece de forma mais ampla a abusividade dessas cláusulas.

De todo modo, resolvida a questão em relação aos contratos posteriores a 2008, a orientação mais razoável é acompanhar o voto da eminente relatora, consolidando a jurisprudência da Corte acerca desse tema.

Saliento apenas que o controle da abusividade das cláusulas relativas a contratos anteriores a 2008 pode ser feito com base no CDC, na linha do disposto no enunciado da Súmula 297 do STJ.

Essa abusividade poderá ser verificada no exame do caso concreto na linha dos precedentes desta Corte.

É o voto.



Súmula n. 566

SÚMULA N. 566

Nos contratos bancários posteriores ao início da vigência da Resolução-CMN n. 3.518/2007, em 30/4/2008, pode ser cobrada a tarifa de cadastro no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 4.595/1964, arts. 4º, VI e IX e 9º.

Resolução-CMN n. 2.303/1996, revogada.

Resolução-CMN n. 3.518/2007, revogada.

Resolução-CMN n. 3.693/2009, revogada.

Resolução-CMN n. 3.919/2010.

Circular-Bacen n. 3.371/2007, revogada.

Precedentes:

(*)REsp **1.251.331-RS** **(2ª S, 28.08.2013 – DJe 24.10.2013) –
acórdão publicado na íntegra na
Súmula 565**

(*)REsp 1.255.573-RS (2ª S, 28.08.2013 – DJe 24.10.2013)

AgRg na Rcl 14.423-RJ (2ª S, 13.11.2013 – DJe 20.11.2013)

Rcl **14.696-RJ** **(2ª S, 26.03.2014 – DJe 09.04.2014) –
acórdão publicado na íntegra**

Rcl 16.644-ES (2ª S, 28.05.2014 – DJe 02.06.2014)

AgRg no AREsp 357.178-PR (3ª T, 23.10.2014 – DJe 30.10.2014)

AgRg no REsp 1.521.160-SC (3ª T, 18.06.2015 – DJe 03.08.2015)

AgRg no REsp 1.374.113-DF (4ª T, 25.03.2014 – DJe 08.04.2014)

(*) Recursos repetitivos.

Segunda Seção, em 24.2.2016

DJe 29.2.2016

RECLAMAÇÃO N. 14.696-RJ (2013/0339925-1)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Reclamante: Banco Bradesco Financiamentos S/A

Advogado: José Antônio Martins e outro(s)

Reclamado: Terceira Turma do Conselho Recursal dos Juizados Especiais
Cíveis e Criminais do Estado do Rio de Janeiro

Interes.: Juliana da Silva Cruz

Advogado: Alex Daflon dos Santos

EMENTA

RECLAMAÇÃO. RESOLUÇÃO N. 12/2009-STJ. TARIFAS BANCÁRIAS. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. RESP N. 1.251.331/RS JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÕES DO CMN-BACEN. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

1. Reclamação disciplinada na Resolução n. 12/2009-STJ, destinada a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil, no caso, o REsp 1.251.331/RS.

2. Conforme estabelecido no REsp n. 1.251.331/RS, o exame da legalidade das tarifas bancárias deve partir da observância da legislação, notadamente as resoluções das autoridades monetárias vigentes à época de cada contrato questionado. Deve-se verificar a data do contrato bancário; a legislação de regência do pacto, as circunstâncias do caso concreto e os parâmetros de mercado.

3. Se assinado até 29.4.2008, sua regência é a da Resolução CMN 2.303/1996. Salvo as exceções nela previstas (serviços descritos como básicos), os serviços efetivamente contratados e prestados podiam ser cobrados. A TAC e a TEC, porque não proibidas pela legislação de regência, podiam ser validamente pactuadas, ressalvado abuso a ser verificado caso a caso, de forma fundamentada em parâmetros do mesmo segmento de mercado.

4. Se assinado a partir de 30.4.2008, o contrato rege-se pela Resolução CMN 3.518/2007 e, posteriormente, tem-se a Resolução CMN 3.919/2010. Somente passaram a ser passíveis de cobrança os serviços prioritários definidos pelas autoridades monetárias. A TAC e a TEC não integram a lista de tarifas permitidas. A Tarifa de Cadastro é expressamente autorizada, podendo ser cobrada apenas no início do relacionamento com o cliente. As restrições à cobrança por serviços de terceiros passaram a ser ditadas pela Resolução n. 3.954-CMN, de 24.2.2011.

5. Hipótese em que a sentença, confirmada pelo acórdão reclamado, julgou em conjunto diversos processos, contra diferentes instituições financeiras, sem considerar a data em que assinado cada contrato, sem levar em conta os termos dos contratos, os valores cobrados em cada caso e sem sequer especificar as tarifas em cada um deles questionadas e nem esclarecer porque tabelado o valor de R\$ 900,00 para a somatória das tarifas e serviço de terceiros em todos eles.

6. Nos termos do assentado no REsp 1.251.331/RS, a tarifa contratada de forma expressa e clara, correspondente a serviço efetivamente prestado, obedecida a legislação de regência na data do contrato, somente poderá ser invalidada em caso de “abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.”

7. Anulação do processo desde a genérica sentença, para que outra seja proferida, com a descrição dos fatos controvertidos da causa em julgamento, e a decisão - fundamentada a partir das premissas adotadas no REsp 1.251.331/RS, acima sumariadas - acerca da legalidade ou abusividade de cada tarifa questionada na inicial. Deve, necessariamente, a sentença observar a data do contrato, a resolução de regência, as tarifas pactuadas e as efetivamente cobradas e seus respectivos valores, em comparação com os cobrados pelas instituições financeiras congêneres, no mesmo seguimento de mercado (financiamento de veículos), para cada tipo de serviço.

8. Reclamação procedente.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Nancy Andrighi acompanhando a Sra. Ministra Relatora, a Segunda Seção, por unanimidade, julgou procedente a reclamação, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrighi (voto-vista), Sidnei Beneti, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília (DF), 26 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 9.4.2014

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, proposta pelo Banco Bradesco Financiamentos S/A contra acórdão proferido pela Terceira Turma do Conselho Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Rio de Janeiro que, confirmando a sentença, determinou a devolução simples dos valores cobrados a título de tarifas bancárias consideradas abusivas, sob o fundamento de que “não parece razoável que o autor tenha que pagar valor superior a R\$900,00 pelos serviços cobrados e que ora são questionados” (e-STJ Fl. 36).

No que diz respeito ao mérito, alega o reclamante que o acórdão ora reclamado encontra-se em divergência com a pacífica jurisprudência desta Corte, exemplificativamente os REsp's n. 1.270.174/RS, 1.246.622/RS, 1.061.477/RS e 1.309.365/RS, no sentido de que a cobrança das tarifas bancárias em discussão, por si só, não se apresenta abusiva, característica esta que deve ser verificada, no caso concreto, mediante análise comparativa com as taxas praticadas no mercado e as circunstâncias de cada operação.

Deferi a liminar.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Cuida-se, como visto, de reclamação processada sob o rito estabelecido na Resolução n. 12/2009-STJ, destinada a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil, bem como reformar ou cassar decisões teratológicas.

Alega a reclamante que a decisão reclamada diverge do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça a propósito de tarifas bancárias.

Com efeito, no REsp 1.251.331/RS, julgado em 28.8.2013 sob o rito do art. 543-C do CPC (ementa publicada no DJe 24.10.2013), reiterou-se a jurisprudência já firmada em diversos precedentes da 3ª e 4ª Turmas e consolidada no julgamento pela 2ª Seção do REsp 1.270.174/RS (DJe de 5.11.2012).

No julgamento do recurso repetitivo mencionado foram estabelecidas as seguintes teses, conforme se depreende da respectiva ementa:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIVERGÊNCIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. RECURSOS REPETITIVOS. CPC, ART. 543-C. TARIFAS ADMINISTRATIVAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO (TAC), E EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. MÚTUO ACESSÓRIO PARA PAGAMENTO PARCELADO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF). POSSIBILIDADE.

1. “A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada” (2ª Seção, REsp 973.827/RS, julgado na forma do art. 543-C do CPC, acórdão de minha relatoria, DJe de 24.9.2012).

2. Nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei 4.595/1964, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN.

3. Ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era essencialmente não intervencionista, vale dizer, “a regulamentação facultava às instituições financeiras

a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição.”

4. Com o início da vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Banco Central do Brasil.

5. A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008.

6. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida, portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.

7. Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de “realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente” (Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011).

8. É lícito aos contratantes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

9. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

- 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

- 3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais.

10. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.251.331/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 24/10/2013)

No referido paradigma, tratou-se expressamente da legalidade da cobrança da tarifa para confecção de cadastro (Tarifa de Cadastro) e abertura de crédito (TAC ou outra denominação que sirva para remunerar o mesmo fato gerador) e para emissão de boleto de pagamento ou carnê (TEC ou outra denominação que sirva para remunerar o mesmo fato gerador). Igualmente, foi afetada para julgamento na forma do art. 543-C do CPC a questão relativa ao financiamento do IOF. Isso porque eram apenas esses os encargos em discussão no caso concreto submetido a julgamento.

Em relação às demais tarifas, consignou-se que as premissas teóricas adotadas para o julgamento daquelas objeto do processo afetado como repetitivo seriam válidas para o exame dos questionamentos acerca da generalidade das tarifas bancárias.

Com efeito, extraio do referido acórdão:

“As tarifas em questão nos presentes autos são apenas as que têm por objeto direto a concessão e cobrança do crédito, a saber, a tarifa para confecção de cadastro e abertura de crédito (TAC ou outra denominação que sirva para remunerar o mesmo fato gerador) e para emissão de boleto de pagamento ou carnê (TEC ou outra denominação que sirva para remunerar o mesmo fato gerador).

Igualmente, foi afetada para julgamento, segundo o rito do art. 543-C, a questão relativa ao financiamento do IOF.

Apenas a controvérsia acerca dessas questões, portanto, justifica a suspensão dos processos na instância de origem.

As demais matérias tratadas nas manifestações juntadas aos autos, como valores cobrados para ressarcir serviços de terceiros e tarifas por serviços não cogitados nestes autos, não estão sujeitas a julgamento e, portanto, escapam ao objeto do recurso repetitivo, embora os fundamentos adiante expostos devam servir de premissas para o exame de questionamentos acerca da generalidade das tarifas bancárias.”

Passo a resumir tais fundamentos, extraídos do recurso repetitivo acima transcrito.

Partindo-se da premissa fundamental de que compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer cumprir as normas expedidas com esse fim, deve-se, em primeiro lugar, verificar a data do contrato, imprescindível para aferir a disciplina legal ao qual submetido, especialmente que atos normativos das autoridades monetárias estavam em vigor quando de sua assinatura, e para a análise da legalidade de cada tarifa pactuada.

Da leitura do acórdão no repetitivo citado (REsp 1.251.331), tem-se que, durante a vigência da Resolução CMN 2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era basicamente não intervencionista, podendo ser cobrado, exceto aqueles considerados básicos, todo o serviço efetivamente contratado e prestado ao cliente, respeitados os procedimentos voltados a assegurar a transparência na política de preços adotada pela instituição.

A partir de 30.4.2008, a Resolução CMN 3.518/2007 passou a vigorar, dividindo os serviços em quatro categorias: essenciais, prioritários, especiais e diferenciados.

Os essenciais, correspondentes aos anteriormente chamados de básicos, não seriam passíveis de tarifação; os prioritários (categoria abrangente dos principais serviços prestados a pessoas físicas) poderiam ser cobrados, mas tão-somente aqueles definidos pelo BACEN; os especiais, regidos por legislação própria (crédito rural, câmbio, PIS/PASEP, penhor civil e operações de microcrédito); e os diferenciados, enumerados no art. 5º da referida resolução.

Em complemento a essa Resolução, o BACEN editou a Circular 3.371/2007 discriminando os serviços prioritários passíveis de tarifação e o pacote de tais serviços que deveria obrigatoriamente ser oferecido aos clientes, além de estabelecer que a cobrança de tarifa por serviço prioritário não previsto dependeria de autorização do Banco Central.

Nas Tabelas da Circular 3.371/2007 não constava a TAC nem a TEC, mas constava a Tarifa de Cadastro e a de Renovação de Cadastro. Esta última podia ser cobrada duas vezes ao ano, até ser abolida pela Circular 3.466, de 11.9.2009.

Posteriormente, foi editada a Resolução CMN 3.919/2010, consolidando as normas existentes sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços pelas

instituições financeiras, seguindo a mesma lógica anterior quanto à divisão dos serviços e a respectiva tarifação.

Permaneceu sem previsão a TAC e a TEC e permitida a Tarifa de Cadastro, que, segundo a própria Resolução, se distingue da TAC, consoante ficou esclarecido no paradigma repetitivo:

“Neste ponto, importante ressaltar a distinção feita pelo Banco Central entre a atual Tarifa de Cadastro e a antiga Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e demais tarifas no passado cobradas pela disponibilização ou manutenção de um limite de crédito ao cliente, ressaltando que a TAC “era usualmente cobrada sobre qualquer operação de crédito, mesmo que o tomador já fosse cliente do estabelecimento bancário”; a Tarifa de Cadastro, a seu turno, “somente pode incidir no início do relacionamento entre o cliente e instituição financeira, e se justifica pela necessidade de ressarcir custos com realização de pesquisas em cadastros, bancos de dados e sistemas”.

A propósito da Tarifa de Cadastro, afirma a FEBRABAN que, em função de Autorregulação Bancária, conforme Normativo Sarb 005/2009, o consumidor não é obrigado a contratar o serviço de cadastro junto à instituição financeira, já que tem as alternativas de providenciar pessoalmente os documentos necessários à comprovação de sua idoneidade financeira ou contratar terceiro (despachante) para fazê-lo (e-STJ fl. 459-460).

Destaca-se, por fim, das Resoluções n. 3.518 e 3.919 o que elas disciplinavam sobre os valores cobrados a título de serviços prestados por terceiros:

Resolução 3.158

Art. 1º (...)

Parágrafo único (...)

III - não se caracteriza como tarifa o ressarcimento de despesas decorrentes de prestação de serviços por terceiros, podendo seu valor ser cobrado desde que devidamente explicitado no contrato de operação de crédito ou de arrendamento mercantil.

Resolução 3.919

Art. 1º (...)

§ 1º (...)

III - não se caracteriza como tarifa o ressarcimento de despesas decorrentes de prestação de serviços por terceiros aos clientes ou usuários, pagas diretamente aos fornecedores ou prestadores do serviço pelas instituições de que trata o

caput, podendo ser cobrado desde que devidamente explicitado no contrato de operação de crédito ou de arrendamento mercantil.

Especificamente sobre os serviços prestados por terceiros, foi expedida, posteriormente, a Resolução n. 3.954-CMN, de 24.2.2011, que, dentre outras disposições, estabelece em seu art. 17:

Art. 17. É vedada a cobrança, pela instituição contratante, de clientes atendidos pelo correspondente, de tarifa, comissão, valores referentes a ressarcimento de serviços prestados por terceiros ou qualquer outra forma de remuneração, pelo fornecimento de produtos ou serviços de responsabilidade da referida instituição, ressalvadas as tarifas constantes da tabela adotada pela instituição contratante, de acordo com a Resolução n. 3.518, de 6 de dezembro de 2007, e com a Resolução n. 3.919, de 25 de novembro de 2010.

Em síntese, deve-se verificar a data do contrato bancário; a legislação de regência do pacto, as circunstâncias do caso concreto e os parâmetros de mercado.

Se assinado até 29.4.2008, sua regência é a da Resolução CMN 2.303/1996. Salvo as exceções nela previstas, os serviços efetivamente contratados e prestados podem ser cobrados. A TAC e a TEC, porque não proibidas pela legislação de regência, podiam ser validamente pactuadas, ressalvado abuso a ser verificado caso a caso, de forma fundamentada em parâmetros do mesmo segmento de mercado.

Se firmado a partir de 30.4.2008, o contrato rege-se pela Resolução CMN 3.518/2007 e posteriormente pela Resolução CMN 3.919/2010. Somente podem ser cobrados os serviços prioritários definidos pelas autoridades monetárias. A TAC e a TEC não integram a lista de tarifas permitidas. A Tarifa de Cadastro é expressamente autorizada, podendo ser cobrada apenas no início do relacionamento com o cliente. As restrições a cobrança por serviços de terceiros passaram a ser ditadas pela Resolução n. 3.954-CMN, de 24.2.2011.

Passo ao exame do caso concreto em julgamento.

A sentença proferida na audiência inaugural, após especificar em seu cabeçalho a lista de processos em julgamento, de diversos autores contra diferentes instituições financeiras réis, sumariou a causa e dispôs:

“Foi esclarecido por este magistrado que os feitos acima mencionados foram reunidos para julgamento nesta mesma data por se tratar de assuntos semelhantes, qual seja, o questionamento de cobrança de tarifas abusivas em

contratos de financiamentos de veículos, sem que tal fato caracterize qualquer conexão entre as ações, mas tão somente por economia processual e com o objetivo de dar celeridade aos feitos. Por tais motivos, o deslinde das ações que estão relacionadas nesta assentada se dará numa única assentada, devendo o cartório juntar cópia desta em cada feito. Em ato contínuo, o MM Juiz convocou as partes para solução amigável do litígio não obtendo êxito na sua pretensão. A seguir, foram apresentadas contestações escritas pelos reclamados, dando-se vista à parte contrária que reiterou os termos da inicial. Dispensada a produção de prova oral pelas partes. A seguir, o MM. Juiz proferiu a seguinte SENTENÇA: Dispensado o relatório, nos termos do artigo 38, da Lei n. 9.099/95. É caso de julgamento antecipado da lide, eis que não há necessidade de prova oral para o deslinde desta questão, haja vista que as provas carreadas aos autos são suficientes para o julgamento da presente demanda. Versa a presente ação sobre pedido condenatório formulado por consumidor em face de instituição financeira questionando a cobrança de tarifas e taxas atreladas a contrato de financiamento de veículos: tarifa de cadastro, prêmio de seguro de proteção financeira, registro de contrato, inclusão de gravame eletrônico ou gravame, serviço de terceiros, promotora de vendas, tarifa de avaliação do bem, tarifa de emissão de carnê (TEC) ou tarifa de emissão de boleto (TEB), tarifa de operação de crédito, seguro de proteção financeira, serviço de concessionária/logista, registro de encargos decorrentes, serviços de correspondência, despesas de cartório, despesa de gravame, registro de cédula, serviços prestados, serviços de correspondente não bancário, seguro da operação, serviço recebido por parcela (TEC), tarifa de proteção financeira, despesas com promotora de vendas.

(...)

Assim, este magistrado reafirma seu posicionamento anterior, considerando legítima a cobrança das tarifas ora questionadas, sendo que neste caso reconhece a abusividade de cobrança, pois não parece razoável que o autor tenha que pagar valor superior a R\$900,00 pelos serviços cobrados e que ora são questionados, razão pela qual entendo que houve a cobrança excessiva referente ao valor que ultrapassa aquele patamar, excetuando-se os valores referentes a tributos, eis que estes são devidos, pois decorrem de lei. Com efeito, deverá ser restituída aos autores, nas respectivas ações, a diferença do valor das somas das quantias correspondentes às denominações supra (de acordo com cada hipótese deduzida em juízo) e o patamar entendido como razoável por este magistrado, ou seja, R\$900,00 (novecentos reais), a qual deverá ser restituída de forma simples, nos termos da parte final do § único do art. 42, do CDC.”

O acórdão da Turma Recursal limitou-se a confirmar a sentença por seus próprios fundamentos. Os embargos de declaração foram rejeitados sem esclarecimento algum.

Verifica-se, pois, que a sentença e acórdão julgaram em conjunto diversos processos, contra diferentes instituições financeiras, sem considerar a data em

que assinado cada contrato, sem levar em conta os termos dos contratos, os valores cobrados em cada caso e sem sequer especificar as tarifas em cada um deles questionadas e nem esclarecer porque tabelado o valor de R\$ 900,00 para a somatória das taxas em todos eles. Anoto que alguns dos encargos genericamente enumerados na sentença sequer se referem a quantias revertidas em prol da instituição financeira, como, por exemplo, seguro, despesas cartorárias, de serviços de terceiro, avaliação de bens, lojistas etc, não tendo sido especificado o quanto do valor global de R\$ 900,00 remuneraria cada atividade. De comum entre os contratos, apenas a circunstância de serem de financiamentos de veículos, não tendo sido feita a distinção entre veículos novos (nos quais não há necessidade de avaliação) e usados.

Observo que não cabe ao STJ, ainda mais na via estreita da reclamação regida pela Resolução n. 12/2009-STJ, analisar as minúcias de cada contrato para aferir a possibilidade de cobrança de cada tarifa, uma a uma, e respectivos valores em cada contrato. Esta tarefa cabe ao Juizado ao qual distribuída a causa.

Dir-se-á que a generalidade do relatório, da fundamentação e do dispositivo da decisão reclamada decorre do excesso de processos ajuizados. Mas este avassalador número de processos é estimulado pela aceitação, para processamento, de iniciais absolutamente padronizadas, e prolação, em ato contínuo, em audiência inicial, de sentenças ainda mais padronizadas, genéricas, que não resolvem o litígio concreto, específico, de cada contrato.

Compete ao STJ uniformizar o entendimento acerca da legalidade da cobrança das tarifas, estabelecendo, como feito acima, as premissas a serem seguidas pelos órgãos julgadores, e detectar, em sede de reclamação, eventual desvio do que ficou estabelecido no recurso especial repetitivo paradigmático.

Conclui-se, então, que não se admitirão julgamentos genéricos em que as tarifas questionadas sejam declaradas abusivas sem a análise específica do caso concreto em face das resoluções regentes da tarifação.

Dissentem do entendimento consagrado pelo STJ as decisões que extirpam tarifas expressamente pactuadas, em conformidade com a legislação em vigor quando da assinatura do contrato, ou as reduzem ou limitam aleatoriamente, mediante considerações de ordem subjetiva, sem levar em conta, a título de fundamentação, as tarifas cobradas no mesmo seguimento de mercado (no caso, o de financiamento de veículos), para cada tipo de serviço (cadastro, avaliação, no caso de veículos usados, registro de gravame etc).

A propósito, colhe-se do paradigma repetitivo:

“Reafirmo o entendimento acima exposto, no sentido da legalidade das tarifas bancárias, desde pactuadas de forma clara no contrato e atendida a regulamentação expedida pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central, ressalvado abuso devidamente comprovado, caso a caso, em comparação com os preços cobrados no mercado.

Esse abuso há de ser objetivamente demonstrado, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.

Anoto que o Banco Central do Brasil divulga os valores mínimo, máximo, a periodicidade de cobrança, e a média das diversas tarifas cobradas pelos bancos, o que permite, a exemplo do que já ocorre com os juros remuneratórios, e em conjunto com as demais circunstâncias de cada caso concreto, notadamente o tipo de operação e o canal de contratação, aferir a eventual abusividade, em relação às práticas de mercado, das tarifas cobradas.”

E do acórdão nos embargos de declaração opostos ao acórdão no repetitivo:

“Quanto aos valores cobrados pelas instituições financeiras, a eventual abusividade poderá ser demonstrada, caso a caso, de acordo com parâmetros objetivos de mercado e as circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado, conforme explicitado no voto condutor do acórdão recorrido.”

O fundamento, por muitas vezes adotado pelas Turmas Recursais, de que as tarifas cobradas já estariam incluídas nos juros do negócio jurídico pactuado, portanto, dissente da orientação consolidada no STJ. Igualmente a mera ponderação entre o valor financiado e o valor cobrado a título global de tarifas pelos serviços em cada contrato não atende ao decidido no recurso repetitivo, pois a tarifa diz respeito a cada serviço por ela remunerado, não sendo proporcional ao valor do financiamento. Assim, por exemplo, a tarifa de avaliação de carro usado de modelo básico não será menor do que a tarifa de avaliação de modelo usado mais caro, nem o valor cobrado para registrar o gravame será proporcional ao valor do veículo e nem do financiamento.

Nesse contexto, deve-se anular o processo desde a sentença, para que outra seja proferida, com a descrição dos fatos controvertidos desta causa, e a decisão, fundamentada a partir das premissas adotadas no REsp 1.251.331/RS, acima sumariadas, acerca da legalidade ou abusividade de cada tarifa questionada

na inicial. Deve, necessariamente, a sentença observar a data do contrato, a resolução de regência, as tarifas pactuadas e as efetivamente cobradas e seus respectivos valores, em comparação com os cobrados pelas instituições financeiras congêneres, no mesmo seguimento de mercado (financiamento de veículos), para cada tipo de serviço.

Em face do exposto, julgo procedente a presente reclamação.

Comunique-se, na forma do art. 5º da Resolução n. 12/2009-STJ.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Na espécie, a Turma Recursal reclamada confirmou sentença que julgou em conjunto diversos processos, ajuizados em desfavor de diferentes bancos, todos tendo por objeto a suposta cobrança abusiva de variadas taxas bancárias. Essa sentença declarou genericamente a abusividade na cobrança de todas as taxas e considerou razoável a cobrança de até R\$900,00 por correntista, determinando a devolução do que ultrapassar essa quantia

À luz da jurisprudência do STJ, a abusividade de taxas deve ser analisada casuisticamente e tendo em vista o valor médio praticado pelo mercado.

Sendo assim, essa generalização avalizada pela Turma Recursal se mostra totalmente incabível. A despeito da complexidade de se determinar quais os valores médios das diversas taxas cobradas pelas instituições financeiras, cabe ao Juiz fazer uso de seus poderes instrutórios para obter essas informações, de modo a, individualmente, avaliar a eventual existência de abusos.

Portanto, carece de qualquer amparo legal ou jurisprudencial a fixação de um valor fixo e único – no caso R\$900,00 – com base no qual se pressupõe ser abusivo que qualquer conjunto de taxas, de qualquer banco.

Forte nessas razões acompanho na íntegra o voto da i. Min. Relatora.



Súmula n. 567

SÚMULA N. 567

Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CP, arts. 14, II, 17 e 155.

Precedentes:

(*)REsp 1.385.621-MG (3ª S, 27.05.2015 – DJe 02.06.2015)
– acórdão publicado na íntegra

REsp 1.171.091-MG (5ª T, 16.03.2010 – DJe 19.04.2010)

AgRg no REsp 1.133.055-RS (5ª T, 06.10.2011 – DJe 25.10.2011)

AgRg no AREsp 258.347-MG (5ª T, 06.08.2013 – DJe 22.08.2013)

AgRg no REsp 1.380.176-MG (5ª T, 10.09.2013 – DJe 19.09.2013)

HC 215.628-SP (5ª T, 21.11.2013 – DJe 04.12.2013)

HC 294.311-SP (5ª T, 05.05.2015 – DJe 12.05.2015)

HC 208.958-SP (6ª T, 02.08.2011 – DJe 17.08.2011)

AgRg no REsp 1.206.641-RS (6ª T, 07.02.2012 – DJe 21.03.2012)

HC 167.455-RJ (6ª T, 15.03.2012 – DJe 1º.08.2012)

HC 238.714-SP (6ª T, 16.08.2012 – DJe 27.08.2012)

HC 193.154-RS (6ª T, 20.06.2013 – DJe 1º.07.2013)

AgRg no REsp 1.221.022-SP (6ª T, 03.09.2013 – DJe 18.09.2013)

HC 238.786-RJ (6ª T, 15.05.2014 – DJe 30.05.2014)

RHC 43.624-AL (6ª T, 07.10.2014 – DJe 21.10.2014)

AgRg no REsp 1.413.041-MG (6ª T, 24.03.2015 – DJe 06.04.2015)

(*) Recurso repetitivo.

Terceira Seção, em 25.2.2016

DJe 29.2.2016

RECURSO ESPECIAL N. 1.385.621-MG (2013/0165324-0)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Sheila Maria Reis e outro

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. FURTO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. EXISTÊNCIA DE SEGURANÇA E DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA. CRIME IMPOSSÍVEL. INCAPACIDADE RELATIVA DO MEIO EMPREGADO. TENTATIVA IDÔNEA. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso Especial processado sob o rito previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. *TESE: A existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial.*

2. Embora os sistemas eletrônicos de vigilância e de segurança tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais. Assim, não se pode afirmar, em um juízo normativo de perigo potencial, que o equipamento funcionará normalmente, que haverá vigilante a observar todas as câmeras durante todo o tempo, que as devidas providências de abordagem do agente serão adotadas após a constatação do ilícito, etc.

3. Conquanto se possa crer, sob a perspectiva do que normalmente acontece em situações tais, que na maior parte dos casos não logrará o agente consumir a subtração de produtos subtraídos do interior do estabelecimento comercial provido de mecanismos de vigilância

e de segurança, sempre haverá o risco de que tais providências, por qualquer motivo, não frustrem a ação delitiva.

4. Somente se configura a hipótese de delito impossível quando, na dicção do art. 17 do Código Penal, “por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”

5. Na espécie, embora remota a possibilidade de consumação do furto iniciado pelas recorridas no interior do mercado, o meio empregado por elas não era absolutamente inidôneo para o fim colimado previamente, não sendo absurdo supor que, a despeito do monitoramento da ação delitiva, as recorridas, ou uma delas, lograssem, por exemplo, fugir, ou mesmo, na perseguição, inutilizar ou perder alguns dos bens furtados, hipóteses em que se teria por aperfeiçoado o crime de furto.

6. Recurso especial representativo de controvérsia provido para: a) reconhecer que é relativa a inidoneidade da tentativa de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de vigilância eletrônica e, por consequência, afastar a alegada hipótese de crime impossível; b) julgar contrariados, pelo acórdão impugnado, os arts. 14, II, e 17, ambos do Código Penal; c) determinar que o Tribunal de Justiça estadual prossiga no julgamento de mérito da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, dar provimento ao recurso representativo da controvérsia para: a) reconhecer que é relativa a inidoneidade da tentativa de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de vigilância eletrônica e, por consequência, afastar a alegada hipótese de crime impossível; b) julgar contrariados, pelo acórdão impugnado, os arts. 14, II, e 17, ambos do Código Penal; c) determinar que o Tribunal de Justiça estadual prossiga no julgamento de mérito da apelação. Por fim, firmou a tese de que a existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônico não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca,

Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 27 de maio de 2015 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

DJe 2.6.2015

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: O *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS* interpõe recurso especial, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*, nos autos da Apelação Criminal n. 1.0145.09.562132-5/001.

Consta dos autos que, no dia 13/10/2009, por volta das 11h25min, no Supermercado Hiperbretas, IVANICE MARQUES DE JESUS e SHEILA MARIA REIS, em concurso de pessoas, “deram início à subtração de coisa alheia móvel, que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade”.

Denunciadas perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora/MG, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, e após regular instrução processual, sobreveio sentença que, ao julgar procedente a pretensão punitiva estatal, condenou ambas às penas, idênticas, de 1 ano e 3 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 9 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs a Apelação Criminal n. 1.0145.09.562132-5/001, pleiteando a absolvição, em razão do reconhecimento de crime impossível, e, subsidiariamente, a redução da pena-base, a alteração do *quantum* de diminuição pela tentativa para 2/3, o reconhecimento do privilégio previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, bem como a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Tribunal local deu provimento ao recurso para reconhecer o crime impossível e, por conseguinte, absolver as acusadas, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO EM SUPERMERCADO. AÇÃO MONITORADA. CRIME IMPOSSÍVEL. ABSOLVIÇÃO.

1. Tendo a conduta do agente sido monitorado pelo circuito interno de televisão e por vigilantes do supermercado, os quais, a qualquer tempo poderiam interromper a ação do mesmo, preferindo aguardar momento apropriado para detê-lo, forçoso concluir que o bem jurídico tutelado jamais esteve em risco de ser violado, eis que todo o “*iter criminis*” se desenrolou sob o olhar dos prepostos da empresa, tornando a tentativa num crime impossível, pois, naquelas circunstâncias, jamais conseguiria superar os meios defensivos empregados pelo o estabelecimento, impondo-se, assim, a sua absolvição. Recurso provido. (fl. 245)

O *Parquet* estadual opôs embargos de declaração, sob o fundamento de que o colegiado, ao reconhecer o crime impossível, deixou de analisar o art. 17 do Código Penal.

Os embargos de declaração foram rejeitados pela Corte *a quo*.

Nesta Corte, o Ministério Público alega que o acórdão estadual contrariou os arts. 14, II, e 17, ambos do Código Penal, sob o fundamento de que “a mera vigilância exercida sobre as acusadas não constitui óbice, por si só, à consumação do delito. É certo que nas hipóteses em que o autor do fato está tendo seus passos monitorados há sempre a possibilidade, ainda que remota, de que ele consiga driblar o esquema de segurança, enganando ou distraindo o vigilante ou empreendendo fuga”.

Requer o provimento do recurso especial, para que se reforme o acórdão impugnado, de modo a que, reconhecida a ocorrência de furto qualificado tentado, sejam as recorridas condenadas às respectivas penas já fixadas em primeiro grau.

Oferecidas as contrarrazões às fls. 298-303 e admitido o recurso na origem (fls. 305-306), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 318-325).

Diante da multiplicidade de recursos e da relevância da questão, o julgamento deste recurso especial — representativo da controvérsia — foi submetido ao exame da Terceira Seção, sob o rito previsto nos arts. 543-C do CPC e 2º, § 1º, da Resolução do STJ n. 8, de 7/8/2008.

Oficiaram-se os Presidentes dos Tribunais de Justiça, para a suspensão do processamento dos recursos especiais que tratem de idêntica questão de direito, bem como a Defensoria Pública da União para atuar na condição de *amicus curiae* (art. 3º, I, da Resolução do STJ n. 8/2008).

VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

I. A questão jurídica

São inúmeros os acórdãos impugnados perante esta Corte Superior em que se discute a existência de crime impossível na hipótese em que o agente inicia a execução de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de sistema de vigilância eletrônica.

Em muitos desses casos há outra peculiaridade: os autores da conduta se encontram em aparente situação de vulnerabilidade social e, movidos pelo desespero, tentam subtrair produtos de mercados, farmácias, padarias, etc.

Não raro os próprios comerciantes, dada a frequência dessas ocorrências e em razão dos transtornos causados pelo acionamento do aparato repressivo estatal, encontram soluções informais para responder a tais investidas ilícitas, cingindo-se a evitar que a conduta criminosa se consuma.

Os operadores jurídicos, a seu turno, tocados pelo contexto social em que se realizam esses comportamentos, amiúde recorrem a soluções baseadas em instrumentos de despenalização ou de minimização da resposta punitiva, como, no primeiro caso, a invocação da atipicidade material da conduta em face do caráter bagatela do fato, ou, no segundo caso, o reconhecimento da natureza privilegiada do furto, consoante expressa previsão legal.

No presente processo, a questão jurídica versada diz respeito à ocorrência ou não de tentativa idônea – e, portanto, punível – na conduta de quem inicia a execução de um furto dentro de estabelecimento comercial dotado de mecanismos de segurança e de vigilância eletrônica que permitem o monitoramento da ação delitiva, de modo a evitar sua consumação.

É dizer, cinge-se a *quaestio juris* a definir se, diante desse quadro fático, há tentativa punível (art. 14, II, do CPB) ou se, em verdade, a hipótese é de crime impossível por ineficácia absoluta do meio empregado pelo agente (art. 17 do CP).

II. Contextualização

É fato notório que os furtos praticados em estabelecimentos comerciais representam expressivo prejuízo para os seus proprietários, com reflexos na economia popular.

Para melhor contextualizar a questão, trago ao exame desta Corte estudo feito em 2013 pela Fundação Instituto de Administração, instituição conveniada com a FEA/USP, em parceria com a Associação Brasileira de Supermercados – ABRAS e a Nielsen, intitulado *13ª Avaliação de Perdas no Varejo Brasileiro*, cujo objetivo foi “destacar a relevância do investimento na melhoria dos processos de prevenção de perdas no varejo brasileiro”, bem como “fornecer parâmetros de comparação dos programas e técnicas utilizadas pelas empresas para combater e prevenir as perdas” (disponível em <http://www.abras.com.br/pdf/Pesquisa%20de%20Perdas%20ABRAS%20-%20Marcos%20Manea.pdf>).

O referido trabalho fornece dados relevantes para entender a repercussão econômica desses delitos. Em um ramo da economia nacional em que os percentuais de lucro dificilmente ultrapassam 2%, a perda média do varejo é de 1,83% (1,95% nos supermercados). Desse percentual, quase 40% dizem respeito a furtos (18% praticados por clientes e 20% por colaboradores).

Ou seja, a grosso modo, *mais de 1/3 das perdas é decorrente de furto*. Assim, a partir de uma *amostra* de 100 bilhões de reais de faturamento, como a do estudo em questão (um retrato parcial da economia), *os prejuízos* com perdas chegam a 2 bilhões de reais e especificamente *os furtos totalizam 700 milhões de reais*. Portanto, a extrapolação desses percentuais para o total da economia nacional força a conclusão de que as consequências de tais perdas são dramáticas. Evidentemente, esses dados são inferidos a partir do referido estudo, visto que, particularmente no setor de supermercados, estima-se que *o registro dos casos* de furto se limite a 3% dos eventos e que o *acompanhamento posterior pelas empresas dos processos judiciais relativos a casos de furtos* cinja-se a 13,1% das empresas.

O entendimento jurisprudencial segundo o qual a existência de sistema eletrônico de vigilância se traduz em inidoneidade da tentativa de furto em um estabelecimento comercial causa grande repercussão na economia nacional na medida em que cada vez mais estabelecimentos – sobretudo no caso das micro, pequenas e médias empresas – adquirem tais sistemas, em decorrência do barateamento da tecnologia de segurança. Segundo a referida *13ª Avaliação de Perdas no Varejo Brasileiro*, entre as farmácias, por exemplo, praticamente 100% dos estabelecimentos se utilizam desse recurso, 75% têm alarmes de acesso e 50% usam etiquetamento magnético.

Mas não é só. Enquanto as grandes empresas têm índice de perdas em 0,33% (dos quais cerca de 1/3 é decorrente de furto), o índice das micro, pequenas e médias empresas está em 4,6% (dos quais cerca de 1/3 é decorrente

de furto). Portanto, *fica claro que as consequências desses furtos recaem de maneira acentuada e desproporcional sobre a parcela mais vulnerável do varejo: os pequenos comerciantes.*

III. Evolução dogmática do conceito de crime impossível

Antes de examinar a compreensão jurídica dada ao caso pelo Tribunal *a quo*, considero assinalar que o desenvolvimento histórico do instituto do crime impossível foi sinuoso, tendo a dogmática se ocupado do seu delineamento apenas no primeiro quartel do século XIX.

Segundo Theodor Mommsen, o direito romano, embora não conhecesse a noção de tentativa, descreveu, por meio de sua casuística, hipóteses de crime impossível, sobretudo nos estudos de Nerácio, Pompônio, Ulpiano e Paulo, que analisaram casos isolados *sem elaborar uma teoria do crime impossível e da tentativa* (MOMSEN, T. *Derecho Penal Romano*. Bogota: Temis, 1991. No mesmo sentido: HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 77).

O conceito de tentativa – que surge no século XVI, com os pós-glosadores italianos, sobretudo com Próspero Farinacius (*Tractatus Criminalis*) – foi totalmente delineado somente em 1810, com o Código Penal francês – que, em seu artigo 2º, estabelecia que só haveria tentativa quando, iniciada a execução, o crime não chegasse a consumir-se por circunstâncias alheias à vontade do agente.

No Brasil, a despeito de o Código Criminal do Império não haver previsto o crime impossível, os Códigos Penais de 1890, 1940 e 1969 contemplaram a hipótese, consagrando a teoria objetiva temperada. A esse respeito, Nelson Hungria ressalta a estabilidade do conceito nesses códigos, ao consignar que “o Código atual [redação original do Código de 1940], do mesmo modo que ao conceituar a tentativa punível, *não alterou o direito anterior*, e continuou na boa companhia de FEUERBACH, MITTERMAYER e CARRARA”. E continua:

O seu art. 14 é, no fundo, uma reprodução do parág. único do art. 14 do Código de 90: a punibilidade da tentativa é excluída quando, por ineficácia absoluta do *meio* empregado ou por absoluta impropriedade do *objeto*, era *impossível* a consumação do crime. Essa solução é igualmente imposta como um corolário lógico da noção realística do crime.

[...]

A decisão consagrada pelo Código é a da chamada teoria objetiva temperada (ou intermédia), que, ao contrário da teoria objetiva pura (ou extremada), reconhece tentativa punível no caso de relativa inidoneidade do meio empregado ou do objeto visado. Dá-se a inidoneidade relativa do meio quando este, embora normalmente capaz de produzir o evento intencionado, falha no caso concreto, por uma circunstância acidental na sua utilização.

[...]

Várias são as teorias excogitadas, desde FEUERBACH, em torno do crime impossível ou tentativa inidônea. A *mais antiga, mas sempre resistente às objeções que lhe têm sido dirigidas, é a adotada pelo Código: não há tentativa punível onde não há possibilidade de "começo de execução"* (ou, o que vale o mesmo: de periculosidade objetiva), ou desde que inexistente o bem jurídico que se cuidou atingir. Deve-se a Mittermayer, principalmente, a diferenciação entre a inidoneidade ou impropriedade absoluta e relativa de meio ou objeto, para excluir-se a punibilidade num caso e admiti-la em outro. (HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 99-101)

A exposição de motivos da Lei n. 7.209/1984, que reformou a Parte Geral do Código Penal de 1940, também revela a continuidade da adoção da teoria objetiva temperada, *in verbis*:

14. Foram mantidas, nos arts. 14, 15, 17 e 18, as mesmas regras do Código atual, constantes, respectivamente, dos arts. 12, 13, 14 e 15, relativas aos conceitos de crime consumado e tentado, de desistência voluntária e arrependimento eficaz, de crime impossível, de dolo e culpa *stricto sensu*.

IV. Aplicação do art. 17 do Código Penal segundo a doutrina majoritária

A doutrina, ao tratar da diferença existente entre a tentativa e o crime impossível, ensina:

[...]

Por lo tanto, la diferencia entre la tentativa inidônea y la idônea reside en lo siguiente: en la tentativa idônea o tentativa simplemente, el autor estructura intelectual y volitivamente un proyecto causal eficaz para obtener el resultado que se ha propuesto, aclarando por ahora, que es necesario que el mismo alcance cierto grado de materialización en el mundo (en su momento se verá cómo debe objetivarse); en cambio, en la tentativa inidônea el proyecto de médios elaborado por el autor para conseguir su objetivo es ineficaz.

En los casos de delito imposible, la obra delictuosa no se consuma porque el proyecto del plan concreto tiene deficiências. En consecuencia, su materialización

en el mundo es imperfecta, es imposible. En los casos de tentativa idónea la situación es diferente, el proyecto en sí mismo es causalmente eficiente, la obra delictuosa no se consuma por especiales razones - ajenas a la voluntad del autor - que surgen en la materialización del programa y que serán señaladas más adelante.

Como consecuencia de la eficacia del programa causal intelectual y volitivamente diseñado por el autor, la tentativa idónea causa peligro al bien jurídico. En cambio, en delito imposible, por las peculiaridades del proyecto de medios no causa peligro al bien jurídico. (PESSOA, Nelson R. *El delito imposible*, Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 30)

O crime impossível – subordinado às regras da adequação típica – se manifesta por meio de *duas modalidades clássicas*: (a) a ineficácia absoluta dos meios empregados pelo agente e (b) a absoluta impropriedade do objeto.

A primeira decorre dos *meios empregados* pelo agente nos atos executivos. A segunda refere-se à hipótese em que o *objeto do crime* não existe ou lhe falta alguma qualidade imprescindível para configurar-se a infração.

Zaffaroni e Pierangeli sustentam que essa hipótese, de ausência de objeto passível de ser lesionado pela ação do agente, consubstancia caso de *inexistência de tentativa* (no mesmo sentido: URZÚA, Enrique Cury. *Tentativa y delito frustrado*. Santiago: EJC, 1976, p. 165; CAVALLERO, Ricardo Juan. *El delito imposible*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1983, p. 125 e BRUNO, Anibal. *Direito Penal. Parte Geral*. T. 2, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 250). Para eles, *tentativa inidônea* somente haverá na hipótese de total ineficácia do meio utilizado. Confira-se o seguinte excerto:

A tentativa de impossível consumação é uma tentativa inútil, porque nunca se pode acreditar que possa causar o resultado típico, excluída a imaginação do autor.

Porém, a consumação pode ser impossível por várias razões, que, fundamentalmente, são duas: porque falta algum elemento do tipo objetivo (fundamentalmente o objeto) ou porque o meio é grosseiramente inidôneo para produzir o resultado. Em ambos os casos a consumação resulta impossível, mas no primeiro deles não há tentativa, enquanto, no segundo, ela existe, porque a tentativa pressupõe a falta de consumação do tipo objetivo, mas não a falta dos elementos do mesmo. A falta da tipicidade objetiva da tentativa deve-se ao fato de não se ter chegado a ela, mas não à inexistência dos elementos exigidos para a ela se chegar. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79).

Não obstante haja liames entre ação e resultado, a *idoneidade* da ação não deve ser confundida com a *relação de causalidade*. Enquanto a primeira se revela como *juízo normativo de perigo potencial*, a ser feito no futuro, a segunda diz respeito à *constatação do resultado naturalístico* no passado (KALIL, J. A. S.. *Do crime impossível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 79-80).

Os atos do agente não devem ser apreciados isoladamente, mas em sua totalidade, visto que o criminoso pode se valer de atos inidôneos no início da execução, mas ante a sua indiscutível inutilidade, passa a praticar atos idôneos. Nesse sentido: URZÚA, Enrique Cury. *Tentativa y delito frustrado*. Santiago: EJC, 1976, p. 158 e MORSELLI, Elio. *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*. Rivista italiana di diritto e procedura penale. n. 1, gen./mar., 1998, Milano: Giuffré, p. 52.

Além disso, há que se distinguir entre a *insuficiência do meio (inidoneidade relativa)* – deficiência de forças para alcançar o fim delituoso e determinada por razões de qualidade, quantidade, ou de modo – *da inidoneidade* – ausência completa de potencialidade causal –, visto que a primeira *não torna absolutamente impossível o resultado que consuma o delito, pois o fortuito pode suprir a insuficiência do meio empregado*. Nesse sentido: MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*, v. 1. Padova: CEDAM, 1949, p. 139.

Em outro sentido, Zaffaroni não concorda com a leitura que a doutrina faz do art. 17 do Código Penal, ao identificar a expressão “absoluta impropriedade” com “inidoneidade absoluta”. Entende que “a idoneidade deve ser valorada concretamente, e não no campo abstrato”, *in verbis*:

Toda tentativa é idônea se nos remetemos ao pensamento do autor no momento de empreendê-la - *ex ante* - mas é também inidônea quando a vemos historicamente, como acontecimento do passado - *ex post*. O fundamental será pois, situar-se *ex ante* e questionar sobre a adequação da conduta ao fim visado pelo autor. Logicamente, deve-se ter em conta o plano do autor, vale dizer, a idoneidade deve ser valorada concretamente, e não no campo abstrato.

[...]

A expressão “absoluta impropriedade”, contida no art. 17 do CP, não deve ser compreendida no sentido da “inidoneidade absoluta” de que fala a doutrina, porque esse conceito doutrinário é falso, vez que nenhum meio é absolutamente inidôneo para todos os casos. Para valorar a idoneidade da conduta - vale dizer, a adequação do desenvolvimento do plano causal em direção ao fim proposto - é necessário tomar como base o plano do autor, posto que, frequentemente, a inidoneidade em abstrato é indeterminável, enquanto, no concreto, tampouco se a pode determinar

se se prescinde do caminho escolhido pelo autor para obter o fim que teve em mira. Assim, o açúcar é inidôneo para matar no plano do autor que se propunha a envenenar, mas é idôneo para matar ou lesionar se o agente se propunha a agredir, através desse meio, um diabético. A insulina é um produto orgânico normal, mas é meio idôneo para matar através de choque hipoglicêmico. Um copo de água é idôneo para matar um homem logo após uma intervenção cirúrgica. Portanto, a palavra “absoluta”, do art. 17 do CP, deve ser compreendida como “total” no caso, mas não em geral para qualquer caso, porque o conceito se anularia.

De acordo com o critério assinalado, segundo o qual a inidoneidade do comportamento deve ser valorada de acordo com o plano concreto do fato, no momento do começo de execução, resolvem-se também os casos em que a idoneidade depende de circunstâncias particulares ao autor ou quando o objeto não está no lugar a que conduta é dirigida. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 89-90)

No mesmo sentido se alinham outros autores: ZANOTTI, Marco. *Un punto di vista eterodosso in tema di tentativo*, in: *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, apr./giu., 1975, p. 685 e MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Pádua: CEDAM. 1992. p. 444.

Por outro lado, a doutrina alemã, a partir do seu texto legal, entende que a configuração da tentativa inidônea ocorre “quando o ato, pela natureza do objeto sobre o qual recai o meio com que se realiza, não poderia de modo algum chegar à consumação e o autor o ignorava por incompreensão extrema”. Essa “incompreensão grosseira”, segundo Wessels, consubstancia-se na “representação inteiramente despropositada de nexos causais geralmente conhecidos” (WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor. 1976, p. 138).

Jeschek, superando a dicotomia tentativa absoluta ou relativamente inidônea, resume a questão à constatação do “critério de que uma pessoa reflexiva e com saber médio, que, conhecendo os fatos, não os possa levar a sério”, de modo a *excluir a punibilidade por tentativa inidônea somente nas hipóteses que não gerem perigo nem concreto e nem abstrato* (JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte geral*. 4.ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares. 1993, p. 482).

Assim, há tentativa inidônea “quando o ato, pela natureza do objeto sobre o qual recai ou o meio com o que é praticado, não podia ‘de modo algum’ chegar

à consumação e o agente o ignorava por incompreensão extrema” (tradução livre) (JESCHECK, Hans-Henrich. Tratado de Derecho Penal. Op. cit. p. 481).

V. O caso ora examinado

O Tribunal local deu provimento ao recurso para, reconhecendo ter havido crime impossível, absolver as acusadas, mediante a seguinte fundamentação:

[...]

Como visto alhures, buscam as apelantes a absolvição pelo reconhecimento do crime impossível, subsidiariamente, o reconhecimento do privilégio, a redução da pena e substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

De pronto, registre-se que dúvidas não há quanto a materialidade e a autoria é inconteste, tanto que a defesa não nega os fatos, pleiteando a absolvição ao argumento de que o crime era impossível de se concretizar.

A meu ver, *data venia*, as pretensões das apelantes merecem ser acolhidas, pois da análise dos autos verifica-se que o meio empregado para atingir o objetivo do crime era absolutamente ineficaz, caracterizando, assim, o chamado crime impossível, senão vejamos:

O funcionário do supermercado Moisés Ribeiro da Silva (fl. 07) afirma que toda ação das acusadas foi vista por ele e filmada pelo Circuito Fechado de Televisão, sendo que as réas foram abordadas ao sair do estabelecimento. A referida testemunha, afirmou que:

“trabalhava no supermercado Hiperbretas exercendo a função de segurança, momento em que notou a presença das duas CONDUZIDAS no interior da loja; as quais estavam sendo monitoras pelo circuito interno de câmaras; QUE observaram que as DUAS CONDUZIDAS recolhiam mercadorias nas prateleiras e as colocavam no interior das sacolas que traziam, sendo que para isso, usavam o bebê que ora estava no colo de uma, ora estava no colo de outra; QUE para despistar, algumas mercadorias que elas recolhiam nas prateleiras, colocavam no carrinho de compras; QUE o segurança TIAGO passou a acompanhá-las de perto, fazendo-se passar por um cliente, oportunidade em que ele pode ver quando elas colocavam as mercadorias nas sacolas; QUE observando que minutos depois elas pegaram a direção da saída da loja, o depoente e TIAGO foram para o estacionamento aguardar a saída, oportunidade em que viram que elas abandonaram o carrinho com compras no interior da loja e saíram pela porta de acesso ao estacionamento sem contudo passar pelos caixas e conseqüentemente sem pagar as mercadorias que elas traziam nas sacolas; QUE sendo assim, elas foram abordadas e, no interior das sacolas que elas traziam, localizadas as mercadorias descritas no histórico de ocorrência.” (fl. 07)

Nesse mesmo sentido, o depoimento do outro funcionário - Thiago Bastos Rodrigues (fl. 08), que observou toda a ação das acusadas, ficando, a exemplo do Moisés, aguardando a saída das mesmas da loja para detê-las.

Portanto, nessas circunstâncias, era realmente impossível a concretização do delito, já que, repita-se, as acusadas além de monitoradas pelo circuito interno de televisão, estavam sendo observadas por dois seguranças do supermercado.

Sendo assim, não há dúvida de que se trata de um crime impossível, pois as acusadas poderiam ser detidas a qualquer momento, o que vale dizer que o bem jurídico tutelado jamais esteve em risco de ser violado, eis que todo o *iter criminis* desenrolou-se sob o olhar dos vigias do supermercado, os quais, se quisessem, a qualquer momento poderiam interromper a ação criminosa em curso.

Dessa forma, não obstante a intenção das acusadas de subtrair as mercadorias do supermercado, não conseguiriam realizar o seu intento, simplesmente porque estava sendo observadas durante todo o tempo, ou seja, desde o início da subtração até o momento em que foram detidas pelos seguranças encarregados de vigiá-las, os quais apenas aguardaram o melhor lugar e momento para detê-las, optando estes por permitir a subtração se efetivasse para caracterizar o delito ou por preservar o estabelecimento de qualquer escândalo, que pudesse, de alguma forma, abalar o seu prestígio do supermercado, com a detenção das acusadas.

In casu, o delito não se consumou, e não apenas por uma eventualidade, por um detalhe, mas por absoluta ineficácia do meio, pois, as acusadas ficaram todo o tempo sob o olhar dos vigias do estabelecimento.

Restando, pois, evidenciado que era impossível a consumação da subtração iniciada, pois além de estarem sendo monitoradas pelo Circuito Interno de Televisão do supermercado, estiveram, todo o tempo, sob o olhar dos dois vigias. A propósito, sobre o tema, preleciona Guilherme de Souza Nucci: [...]

Nesse mesmo norte, a orientação doutrinária do sempre acatado Professor Julio Fabbrini Mirabete: [...]

Também, nesse mesmo sentido, a orientação pretoriana, inclusive desta Corte: [...]

Portanto, restando comprovado que não havia a menor possibilidade de as acusadas consumarem o delito pretendido, pois tinham os passos monitorados o tempo todo pelos Seguranças do estabelecimento comercial, a meu juízo, a conduta das apelantes amolda-se, perfeitamente, à figura do crime impossível, impondo-se a absolvição das mesmas.

Fiel a essas breves considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se DAR PROVIMENTO ao recurso defensivo para, com fulcro no art. 17, do CP, c/c art. 386, inc. VI do CPP, absolver as apelantes da imputação que lhes foi feita na denúncia, determinando que se cancelem todos os registros cartorários em desfavor das mesmas em relação a este processo.

[...] (fls. 247-255)

VI. A subsunção do fato ao direito

Creio ser possível asserir que, embora os sistemas eletrônicos de vigilância tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais. Assim, não se pode afirmar, em um juízo normativo de perigo potencial, que o equipamento funcionará normalmente, que haverá vigilante a observar todas as câmeras durante todo o tempo, que as devidas providências de abordagem do agente serão adotadas após a constatação do ilícito, etc.

Na espécie, o meio empregado pelas agentes era de *inidoneidade relativa*, visto que *havia a possibilidade de consumação*, posto que remota.

Vale ressaltar que o entendimento jurisprudencial ora defendido não implica uma apologia da punição, mas a concretização do dever de proteção – elemento justificador do próprio direito penal –, por meio de uma resposta proporcional do direito sancionador estatal a uma conduta penalmente punível.

Com efeito, é de notório conhecimento geral que, em nossa história recente, não foram poucos os casos de *justicamento privado*, em que comerciantes (entre outros), sob o argumento de impunidade, acabaram por implementar diversas medidas à margem do direito, desde as célebres salas da segurança – em cujas dependências suspeitos de crimes eram submetidos a humilhações e agressões físicas – até, em uma dimensão muito maior e mais grave, os famosos esquadrões da morte (Nesse sentido: BICUDO, Hélio Pereira. *Meu Depoimento Sobre o Esquadrão da Morte*. 2. ed., São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1976; COSTA, Márcia Regina da. São Paulo e Rio de Janeiro: A Constituição do Esquadrão da Morte. *Anais do XXII Encontro Anual* – Anpocs, 1998).

Assim, apropriada é a lição de Ferrajoli, que, ao se opor às teorias abolicionistas e substitutivas ao Direito Penal, *defende “a forma jurídica da pena, enquanto técnica institucional de minimização da reação violenta ao desvio socialmente não tolerado e enquanto garantia do acusado contra os arbítrios, os excessos e os erros conexos a sistemas não jurídicos de controle social”* (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 201).

Na espécie, *embora remota a possibilidade de consumação* do furto iniciado pelas recorridas no interior do mercado, o meio empregado por elas *não era*

absolutamente inidôneo para o fim colimado previamente, não sendo absurdo supor que, a despeito do monitoramento da ação delitiva, as recorridas, ou uma delas, lograssem, por exemplo, fugir, ou mesmo, na perseguição, inutilizar ou perder alguns dos bens furtados, hipóteses em que se teria por aperfeiçoado o crime de furto.

Não era, por conseguinte, impossível que as acusadas conseguissem consumir a subtração, apesar das câmeras, dos vigilantes, do etiquetamento eletrônico, etc.

A meu aviso, o voto vencido, no Tribunal de origem, acertou ao ressaltar que “a ineficácia do meio, *in casu*, deu-se apenas de forma relativa, o que impede o reconhecimento do instituto do crime impossível previsto no art. 17 do Código Penal”:

[...] Não coaduno com a tese de impossibilidade de concretização do furto por absoluta inidoneidade dos meios por se tratar de estabelecimento comercial dotado de sistema de vigilância. *O fato de o sistema de segurança pública estatal apresentar-se frágil e impotente diante da crescente criminalidade - o que nos obriga, contrariados, a recorrer à segurança privada - não pode ser utilizado como instrumento de impunidade.*

Uma vez que se recorre à segurança privada, considerar-se como crime impossível a prática de subtração em estabelecimentos dotados de vigilantes é ser excessivamente, não podemos nos curvar. Dessa forma: [...]

Também não se descarta que a ineficácia do meio, “in casu”, deu-se apenas de forma relativa, o que impede o reconhecimento do instituto do crime impossível previsto no art. 17 do Código Penal, que é taxativo no sentido de que o crime se torna impossível quando, por ineficácia absoluta do meio, é impossível consumar-se. [...] (fls. 255-259)

Afasto, assim, em casos similares ao ora versado, a hipótese de crime impossível e, por conseguinte, proponho a fixação da seguinte tese jurídica, para os fins previstos no art. 543-C do Código de Processo Civil:

A existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial.

VII. Dispositivo

À vista do exposto, *dou provimento ao recurso especial*, representativo de controvérsia, para: a) reconhecer que é relativa a inidoneidade da tentativa

de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de vigilância eletrônica e, por consequência, afastar a alegada hipótese de crime impossível; b) julgar contrariados, pelo acórdão impugnado, os arts. 14, II, e 17, ambos do Código Penal; c) determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais prossiga no julgamento de mérito da apelação.

Por se tratar de recurso representativo da controvérsia, determino o envio de cópia do inteiro teor deste acórdão, após a devida publicação, à Presidência deste Superior Tribunal, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, bem como aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, para o cumprimento do disposto no art. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil e no art. 5º da Resolução n. 8/2008 deste Superior Tribunal.