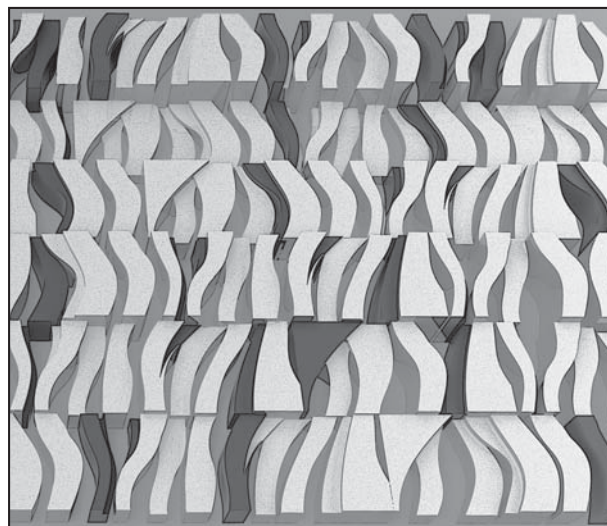


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

VOLUME 240, TOMO 1

ANO 27

OUTUBRO/NOVEMBRO/DEZEMBRO 2015

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Herman Benjamin

Chefe de Gabinete

Andrea Dias de Castro Costa

Servidores

Eloame Augusti

Gerson Prado da Silva

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Técnica em Secretariado

Maria Luíza Pimentel Melo

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br, revista@stj.jus.br

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Lote 1,

Bloco C, 2º Andar, Sala C-240, Brasília-DF, 70095-900

Telefone (61) 3319-8055/3319-8003, Fax (61) 3319-8992

Revista do Superior Tribunal de Justiça. N. 1 (set. 1989). -- Brasília : STJ, 1989 - .

Periodicidade varia: Mensal, do n. 1 (set. 1989) ao n. 202 (jun. 2006), Trimestral a partir do n. 203 (jul/ago/set. 2006).

Volume temático na sequência dos fascículos: n. 240 organizado por Antonio Herman Benjamin, Bruno Miragem e Claudia Lima Marques.

Repositório Oficial da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nome do editor varia: Superior Tribunal de Justiça/Editora Brasília Jurídica, set. 1989 a dez. 1998; Superior Tribunal de Justiça/Editora Consulex Ltda, jan. 1999 a dez. 2003; Superior Tribunal de Justiça/ Editora Brasília Jurídica, jan. 2004 a jun. 2006; Superior Tribunal de Justiça, jul/ago/set 2006-.

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009: <https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/?aplicacao=revista.eletronica>.

ISSN 0103-4286

1. Direito, Brasil. 2. Jurisprudência, periódico, Brasil. I. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). II. Título.

CDU 340.142(81)(05)

REVISTA

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

RSTJ 240, TOMO 1 - DIREITO DO CONSUMIDOR

ORGANIZADORES DO VOLUME TEMÁTICO

Antonio Herman Benjamin
Bruno Miragem
Claudia Lima Marques

JURISTAS COLABORADORES

Ada Pellegrini Grinover	João Batista de Almeida
Adalberto Pasqualotto	José Carlos Maldonado de Carvalho
Ademir Antonio Pereira Jr.	José Rubens Morato Leite
Adriana Fagundes Burger	Kazuo Watanabe
Alberto do Amaral Júnior	Larissa Maria de Moraes Leal
Amanda Flávio de Oliveira	Leonardo de Medeiros Garcia
Amélia Soares da Rocha	Leonardo Roscoe Bessa
André de Carvalho Ramos	Lucas Lixinski
Antonia Espíndola Longoni Klee	Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias
Antônio Carlos Efig	Luciane Klein Vieira
Aurélio Virgílio Veiga Rios	Manoel de Queiroz Pereira Calças
Aurisvaldo Melo Sampaio	Marcelo Junqueira Calixto
Bruno Miragem	Marco Antonio Zanellato
Calixto Salomão Filho	Marcos Catalan
Cesar Santolim	Maria Paula Bertran
Cíntia Rosa Pereira de Lima	Maria Stella Gregori
Clarissa Costa de Lima	Marina Demaria Venâncio
Claudia Lima Marques	Nadia de Araujo
Cristiano Heineck Schmitt	Orlando Celso da Silva Neto
Daniela Trejos Vargas	Paulo Lôbo
Fernando Rodrigues Martins	Raimundo Gomes de Barros
Guilherme Misugi	Rizzatto Nunes
Gustavo Tepedino	Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
Héctor Valverde Santana	Ronaldo Porto Macedo Júnior
Heloisa Carpena	Rosana Amara Girardi Fachin

Rosana Grinberg
Rosângela Lunardelli Cavallazzi
Sergio Cavalieri Filho
Teresa Ancona Lopez
Voltaire de Lima Moraes
Werson Rêgo

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Francisco** Cândido de Melo **Falcão** Neto (*Presidente*)
Ministra **Laurita** Hilário **Vaz** (*Vice-Presidente*)
Ministro **Felix Fischer**
Ministra Fátima **Nancy Andrighi** (*Corregedora Nacional de Justiça*)
Ministro **João Otávio de Noronha** (*Diretor-Geral da ENFAM*)
Ministro **Humberto** Eustáquio Soares **Martins**
Ministra **Maria Thereza** Rocha de **Assis Moura**
Ministro Antonio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin** (*Diretor da Revista*)
Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**
Ministro **Jorge Mussi**
Ministro Geraldo **Og** Nicéas Marques **Fernandes** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)
Ministro **Luis Felipe Salomão**
Ministro **Mauro** Luiz **Campbell Marques**
Ministro **Benedito Gonçalves**
Ministro **Raul Araújo** Filho
Ministro **Paulo de Tarso** Vieira **Sanseverino**
Ministra Maria **Isabel** Diniz **Gallotti** Rodrigues
Ministro **Antonio Carlos Ferreira** (*Ouvidor*)
Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva**
Ministro **Sebastião** Alves dos **Reis Júnior**
Ministro **Marco Aurélio** Gastaldi **Buzzi**
Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira
Ministra **Assusete** Dumont Reis **Magalhães**
Ministro **Sérgio** Luiz **Kukina**
Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**
Ministra **Regina Helena** Costa
Ministro **Rogério Schietti** Machado **Cruz**
Ministro **Nefi Cordeiro**
Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**
Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**
Ministro Marcelo Navarro **Ribeiro Dantas**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º, e 23.

CORTE ESPECIAL (Sessões às 1ª e 3ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Francisco Falcão** (*Presidente*)

Ministra **Laurita Vaz** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Humberto Martins**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo**

PRIMEIRA SEÇÃO (Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Herman Benjamin** (*Presidente*)

PRIMEIRA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Sérgio Kukina** (*Presidente*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Olindo Herculano de Menezes** *

* Desembargador convocado (TRF1)

SEGUNDA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministra **Assusete Magalhães** (*Presidente*)

Ministro **Humberto Martins**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministra **Diva Prestes Marcondes Malerbi** **

SEGUNDA SEÇÃO (Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Raul Araújo** (*Presidente*)

TERCEIRA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Villas Bôas Cueva** (*Presidente*)

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Moura Ribeiro**

QUARTA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministra **Isabel Gallotti** (*Presidente*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Marco Buzzi**

** Desembargadora convocada (TRF3)

TERCEIRA SEÇÃO (Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Sebastião Reis Júnior** (*Presidente*)

QUINTA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Felix Fischer** (*Presidente*)

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Gurgel de Faria**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro **Ribeiro Dantas**

SEXTA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Rogério Schietti Cruz** (*Presidente*)

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro **Ericson Maranhão** ***

*** Desembargador convocado (TJ-SP)

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **Marco Buzzi** *(Presidente)*

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Gurgel de Faria**

Ministro **Nefi Cordeiro** *(Suplente)*

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro **Jorge Mussi** *(Presidente)*

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Villas Bóas Cueva**

Ministro **Moura Ribeiro** *(Suplente)*

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministro **Luis Felipe Salomão** *(Presidente)*

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Jorge Mussi** *(Suplente)*

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** *(Presidente)*

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Sérgio Kukina**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Corregedora-Geral*)

Ministro **Herman Benjamin** (*Efetivo*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** (*1º Substituto*)

Ministro **Jorge Mussi** (*2º Substituto*)

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Ministro **Francisco Falcão** (*Presidente*)

Ministra **Laurita Vaz** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Og Fernandes** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Desembargador Federal Cândido Artur M. Ribeiro Filho (*TRF 1ª Região*)

Desembargador Federal Poul Erik Dyrland (*TRF 2ª Região*)

Desembargador Federal Fábio Prieto de Souza (*TRF 3ª Região*)

Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado (*TRF 4ª Região*)

Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira (*TRF 5ª Região*)

Membros Suplentes

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministra **Isabel Gallotti**

Desembargadora Federal Neuza Maria A. da Silva (*TRF 1ª Região*)

Desembargador Federal Reis Friede (*TRF 2ª Região*)

Desembargadora Federal Cecília Maria Piedra Marcondes (*TRF 3ª Região*)

Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz (*TRF 4ª Região*)

Desembargador Federal Francisco Roberto Machado (*TRF 5ª Região*)



SUMÁRIO

RSTJ N. 240 - TOMO 1

APRESENTAÇÃO	21
JURISPRUDÊNCIA E COMENTÁRIOS	
1. Relação Jurídica de Consumo	23
AgRg no AREsp 41.062-GO (Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira)....	25
Comentário de <i>Clarissa Costa de Lima</i>	29
AgRg no AREsp 71.538-SP (Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira)	36
Comentário de <i>Maria Stella Gregori</i>	42
AgRg no AREsp 342.496-SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha)....	48
Comentário de <i>Adalberto Pasqualotto</i>	51
AgRg no AREsp 439.263-SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha)....	59
Comentário de <i>Heloisa Carpena</i>	63
AgRg no AREsp 471.670-SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha)....	71
Comentário de <i>Larissa Maria de Moraes Leal</i>	74
AgRg no AREsp 626.223-RN (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino) 79	
Comentário de <i>Marcelo Junqueira Calixto</i>	86
REsp 567.192-SP (Rel. Min. Raul Araújo).....	93
Comentário de <i>Cesar Santolim</i>	102
REsp 963.852-PR (Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira)	107
Comentário de <i>Nadia de Araujo e Daniela Trejos Vargas</i>	135
REsp 1.162.649-SP (Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira)	143
Comentário de <i>Teresa Ancona Lopez</i>	188
REsp 1.352.419-SP (Rel. Min. Villas Bôas Cueva)	194
Comentário de <i>Leonardo de Medeiros Garcia</i>	203

2. Oferta e Práticas Comerciais	211
2.1. Princípio da Vinculação da Oferta	213
REsp 1.365.609-SP (Rel. Min. Luis Felipe Salomão)	213
Comentário de <i>Raimundo Gomes de Barros</i>	232
2.2. Publicidade Abusiva	236
REsp 1.329.556-SP (Rel. Min. Villas Bôas Cueva)	236
Comentário de <i>Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias</i>	248
2.3. Banco de Dados e Cadastro de Consumidores	256
REsp 1.419.697-RS (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino)	256
Comentário de <i>Bruno Miragem</i>	289
3. Contratos	299
3.1. Contrato Bancário	301
REsp 656.932-SP (Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira)	301
Comentário de <i>Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer</i>	323
3.2. Contratos de Seguro de Saúde	330
REsp 735.750-SP (Rel. Min. Raul Araújo)	330
Comentário de <i>Aurisvaldo Melo Sampaio</i>	342
REsp 1.280.211-SP (Rel. Min. Marco Buzzi)	349
Comentário de <i>Rizzatto Nunes</i>	368
REsp 1.378.707-RJ (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino)	377
Comentário de <i>Marcos Catalan</i>	398
3.3. Contrato Imobiliário	405
REsp 1.300.418-SC (Rel. Min. Luis Felipe Salomão)	405
Comentário de <i>Werson Régio</i>	416
3.4. Contrato de Seguro de Veículo	427
REsp 1.447.262-SC (Rel. Min. Villas Bôas Cueva)	427
Comentário de <i>Orlando Celso da Silva Neto, José Rubens Morato</i> <i>Leite e Marina Demaria Venâncio</i>	441

3.5. Contrato de Telefonia (serviços públicos)	447
REsp 1.301.989-RS (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino)	447
Comentário de <i>Maria Paula Bertran e Ronaldo Porto Macedo Júnior</i>	463

RSTJ N. 240 - TOMO 2

JURISPRUDÊNCIA E COMENTÁRIOS

4. Responsabilidade Civil do Consumidor	469
4.1. Responsabilidade pelo Fato do Produto ou Serviço	471
REsp 1.094.769-SP (Rel. Min. Marco Buzzi)	471
Comentário de <i>Rosângela Lunardelli Cavallazzi</i>	501
REsp 1.107.024-DF (Rel. Min. Isabel Gallotti)	512
Comentário de <i>Antonia Espíndola Longoni Klee</i>	518
REsp 1.168.775-RS (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino)	535
Comentário de <i>Rosana Amara Girardi Fachin</i>	545
REsp 1.232.773-SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha)	553
Comentário de <i>João Batista de Almeida</i>	566
REsp 1.268.743-RJ (Rel. Min. Luis Felipe Salomão)	572
Comentário de <i>Rosana Grinberg</i>	599
REsp 1.280.372-SP (Rel. Min. Villas Bôas Cueva)	603
Comentário de <i>Adriana Fagundes Burger e Amélia Soares da Rocha</i>	613
REsp 1.281.742-SP (Rel. Min. Marco Buzzi)	619
Comentário de <i>Gustavo Tepedino</i>	641
REsp 1.288.008-MG (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino)	647
Comentário de <i>Claudia Lima Marques</i>	663
REsp 1.306.167-RS (Rel. Min. Luis Felipe Salomão)	672
Comentário de <i>Sergio Cavalieri Filho</i>	988
REsp 1.331.628-DF (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino)	693
Comentário de <i>Paulo Lôbo</i>	704
REsp 1.349.385-PR (Rel. Min. Villas Bôas Cueva)	709
Comentário de <i>Lucas Lixinski</i>	720

4.2. Responsabilidade pelo Vício do Produto ou Serviço	724
AgRg no REsp 1.006.765-ES (Rel. Min. Villas Bôas Cueva)	724
Comentário de <i>Cristiano Heineck Schmitt</i>	736
REsp 1.016.519-PR (Rel. Min. Raul Araújo)	749
Comentário de <i>José Carlos Maldonado de Carvalho</i>	767
REsp 1.172.331-RJ (Rel. Min. João Otávio de Noronha)	772
Comentário de <i>Leonardo Roscoe Bessa</i>	778
4.3. Solidariedade	785
AgRg no REsp 1.116.569-ES (Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira) ..	785
Comentário de <i>Antônio Carlos Efig e Guilherme Misugi</i>	791
REsp 547.794-PR (Rel. Min. Isabel Gallotti)	798
Comentário de <i>Manoel de Queiroz Pereira Calças</i>	803
REsp 827.833-MG (Rel. Min. Raul Araújo)	809
Comentário de <i>Fernando Rodrigues Martins</i>	817
REsp 997.993-MG (Rel. Min. Luis Felipe Salomão)	826
Comentário de <i>Cíntia Rosa Pereira de Lima</i>	839
REsp 1.098.236-RJ (Rel. Min. Marco Buzzi)	849
Comentário de <i>Héctor Valverde Santana</i>	864
REsp 1.127.403-SP (Rel. Min. Marco Buzzi)	873
Comentário de <i>Alberto do Amaral Júnior e Luciane Klein Vieira</i>	900
REsp 1.309.981-SP (Rel. Min. Luis Felipe Salomão)	905
Comentário de <i>Calixto Salomão Filho e Ademir Antonio Pereira Jr.</i>	921
4.4. Dano Moral	930
AgRg no REsp 1.107.801-RS (Rel. Min. Isabel Gallotti)	930
Comentário de <i>André de Carvalho Ramos</i>	936
5. Processo Civil do Consumidor	945
5.1. Competência	947
CC 128.079-MT (Rel. Min. Raul Araújo)	947
Comentário de <i>Amanda Flávio de Oliveira</i>	952

5.2. Inversão do Ônus da Prova	957
EREsp 422.778-SP (Rel. Min. Isabel Gallotti)	957
Comentário de <i>Voltaire de Lima Moraes</i>	981
REsp 802.832-MG (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino)	988
Comentário de <i>Kazuo Watanabe</i>	1010
5.3. Legitimação para Agir	1015
AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1.225.925-SP (Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira)	1015
Comentário de <i>Aurélio Virgílio Veiga Rios</i>	1034
5.4. Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos	1044
REsp 1.187.632-DF (Rel. Min. João Otávio de Noronha)	1044
Comentário de <i>Marco Antonio Zanellato</i>	1122
REsp 1.293.606-MG (Rel. Min. Luis Felipe Salomão)	1136
Comentário de <i>Ada Pellegrini Grinover</i>	1154
ÍNDICE ANALÍTICO	1157
ÍNDICE SISTEMÁTICO	1175
SIGLAS E ABREVIATURAS	1179
REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	1185

APRESENTAÇÃO

A *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, dando continuidade aos *volumes temáticos*, novidade implantada na minha curta gestão como Diretor, apresenta agora coletânea de jurisprudência comentada de Direito do Consumidor.

Como já referido na apresentação dos volumes dedicados ao Direito Ambiental, tal inovação temática busca atender demanda crescente de especialização, de sistematização e de aprofundada análise doutrinária dos julgados do STJ em ramos do Direito que, embora jovens, têm presença marcante na prática judicial cotidiana da litigiosidade brasileira.

Ademais, com esse lançamento o STJ também celebra os 25 anos do Código de Defesa do Consumidor, lei extraordinária que, não custa repetir, revolucionou nosso Direito, de modo a simultaneamente atualizar a civilística ultrapassada e instituir sólido marco de cidadania sanitária e econômica, aspecto esse sempre realçado pela incansável Professora Ada Pellegrini Grinover, presidente da Comissão de Juristas encarregada de elaborar a nova lei e mestre de todos nós.

Pode-se afirmar que não haveria CDC “vivo” sem o STJ, pois foram seus acórdãos que, nessas poucas décadas, sobretudo nos primeiros anos de vigência, deram-lhe consistência e respeitabilidade. Questões de segurança, eficácia e qualidade de produtos e serviços, controle de cláusulas contratuais e práticas abusivas são apenas alguns exemplos dos benefícios trazidos pelo CDC, afirmados, e até expandidos, reiteradamente na jurisprudência do STJ.

O Volume 240 da Coleção RSTJ agrega *decisões selecionadas pelos próprios Ministros atualmente em exercício na Segunda Seção da Corte*, cada uma delas comentada por exímio especialista (48 *leading cases* analisados por 56 juristas). São julgados e comentários de manifesta contemporaneidade e interesse, que, isoladamente ou em conjunto, transmitem o verdadeiro estágio atual de evolução e amadurecimento da matéria.

Como se sabe, o Direito do Consumidor, ramo inexistente no cenário nacional até a promulgação do CDC, representa hoje uma das disciplinas jurídicas que, entre nós, mais se desenvolvem. Tal fenômeno explica-se por várias razões. Inicialmente, pelo surgimento de entidades acadêmicas, como o *Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon*, que serviu de “ponto de encontro” para os profissionais da área, espaço dedicado ao diálogo internacional e comparado, capacitação dos operadores do direito, divulgação da nova lei e produção teórico-dogmática. Segundo, a partir daí, pela formação, em grande número, de especialistas, mestres e doutores, pela publicação de doutrina de altíssimo quilate, espelhada em manuais e tratados, bem assim em consagrados periódicos, como a *Revista de Direito do Consumidor*, uma das poucas existentes no mundo.

Entretanto, na linha do que já afirmei em outro momento, aqui mesmo na Revista, doutrina e docência pouco significam sem prática judicial robusta e constante. Essa talvez a grande diferença entre o nosso Direito do Consumidor e o de tantos outros países, onde a matéria não passa de aspiração teórica, com pouca ou nenhuma repercussão no dia a dia dos tribunais e das pessoas.

Aí reside a eloquência e a riqueza da jurisprudência do STJ, nessa coletânea, como já indicado, retratada pela obra dos Ministros que compõem sua Segunda Seção, embora a Primeira e a Terceira Seções também possuam magníficos precedentes de Direito do Consumidor, no âmbito de sua competência específica (Direito Público e Direito Penal, respectivamente). Quem compulsar qualquer dos tomos se deparará com julgados dotados de articulação teórica original e sofisticada, o que põe o STJ na linha de frente da jurisprudência consumerista mais progressista, técnica e numerosa na perspectiva internacional.

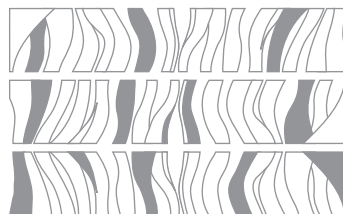
Muito além de mera constatação numérica, contudo, tal resultado reflete a grande sensibilidade social e o amplo saber jurídico dos Ministros responsáveis pelos julgados. Por conta dessa elaboração jurisprudencial massiva e de alto padrão, podem eles – e seus antecessores – ser justamente considerados os mais influentes “obreiros” do Direito do Consumidor brasileiro.

Por isso mesmo, afora sua finalidade informativa e de divulgação, a coletânea, nem poderia ser diferente, denota merecida homenagem que a Revista presta aos atuais Ministros da Segunda Seção do STJ, reconhecimento do seu compromisso coletivo com o admirável projeto político-jurídico, mas igualmente ético, de Nação, estampado na Constituição de 1988. Sem esquecer que eles não trilham caminhos incertos ou virgens, já que se beneficiam do firme e corajoso empenho de esplêndidos desbravadores, hoje aposentados, como os Ministros Aldir Guimarães Passarinho Junior, Antônio de Pádua Ribeiro, Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Humberto Gomes de Barros, Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite, Raphael de Barros Monteiro Filho, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Sidnei Agostinho Benetti, para citar alguns dos Ministros-Juristas que escreveram a história do Direito do Consumidor no STJ.

Os julgados colacionados espelham a própria maturidade, preparo e excelência dos juízes de primeiro grau, assim como dos Desembargadores dos Tribunais de apelação. Muito do mérito dos acórdãos que ora se publicam deve-se a esses artífices devotados do Direito do Consumidor, os quais, com sucesso, souberam tirar a disciplina dos livros de leis e doutrina, ou mesmo do mundo das hipóteses (*law in the books*), e dar-lhe visibilidade e efetividade, no mundo dos fatos (*law in action*). Inovações que se multiplicam, inclusive na organização judiciária, exemplo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao criar várias Câmaras Especializadas na matéria.

Finalmente, agradeço enormemente aos Professores Cláudia Lima Marques, a mais renomada e admirada civilista brasileira, e Bruno Miragem, co-organizadores da obra, e aos demais juristas colaboradores, que, com seu trabalho, contribuem, de modo valioso, com a consolidação do Direito do Consumidor em nosso País. Destaco, na mesma linha, o labor incansável e esmerado zelo da pequeníssima equipe do Gabinete da Revista, tão bem chefiado pela Dr^a Andrea Costa.

Ministro Diretor da Revista **Antonio Herman Benjamin**



1. Relação Jurídica de Consumo

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
41.062-GO (2011/0205487-9)**

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Agravante: Conexa Eventos Ltda

Advogado: Gustavo Botelho Horta Santos e outro(s)

Agravado: PB Construções e Comércio Ltda

Advogado: Breno Rassi Florêncio e outro(s)

EMENTA

Direito Empresarial. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Contrato de locação firmado por sociedades empresárias. Inaplicabilidade do CDC.

1. A jurisprudência do STJ é firme ao negar a aplicação das normas do CDC aos contratos de locação, uma vez que estes são regulados por lei própria, a Lei n. 8.245/1991.

2. No caso em questão, tem-se um contrato locatício firmado por duas sociedades empresárias, cujo objeto era o aluguel de um espaço que seria usado pela locatária para exercício de sua atividade-fim - realização de eventos. Não há, definitivamente, como enquadrar tal contrato no conceito de relação de consumo.

3. A decisão agravada não interpretou cláusula contratual nem reexaminou o conjunto fático-probatório dos autos, mas apenas reconheceu, apoiada em vários precedentes do STJ, a tese jurídica de que o CDC não se aplica a contratos de locação.

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão desta relatoria que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, julgando improcedentes os pedidos formulados na ação.

Alega a agravante, preliminarmente, que não se poderia conhecer do recurso especial, por incidência dos Enunciados n. 5 e 7 da Súmula do STJ. No mérito, sustenta que a lide envolve relação de consumo, devendo ser resolvida pelas normas do CDC.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a colocação do feito em mesa para julgamento da Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): O recurso não merece prosperar, devendo ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão agravada, a qual foi exarada nos seguintes termos:

Trata-se de agravo nos próprios autos (CPC, art. 544) contra decisão que inadmitiu o recurso especial.

O acórdão recorrido está assim ementado (e-STJ fls. 401-414):

Agravo Regimental em Apelação Cível. Ação declaratória de rescisão contratual c.c. indenização e revisão de cláusulas contratuais. Contrato de fornecimento de serviço. Locação de espaço para evento. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade civil objetiva. Precedentes. Nulidade de cláusula abusiva. Restituição do valor pago. Possibilidade. A responsabilidade do fornecedor decorrente de defeito na prestação de serviço é objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Sendo referida relação caracterizada como de consumo, possível é a declaração de nulidade de cláusula abusiva ao consumidor que se mostra hipossuficiente no caso. Assim, diante da abusividade da cláusula contratual, possível é a restituição da importância paga ao fornecedor de

serviço não realizado, a fim de evitar enriquecimento ilícito do mesmo. II - Ausência de Elemento Novo. Desprovido. Não trazendo o recorrente nenhum elemento novo capaz de sustentar a pleiteada reconsideração da decisão fustigada, deve ser desprovido o agravo regimental. Agravo regimental conhecido e desprovido.

No recurso especial, interposto com base no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da CF, a recorrente sustenta ofensa aos arts. 557 do CPC, 51 do CDC e 1º da Lei n. 8.245/1991. Alega, basicamente, que o CDC não se aplica aos contratos de locação.

O Tribunal de origem não admitiu o recurso em virtude da incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

É o relatório.

Decido.

Conheço do agravo e passo ao exame do recurso especial.

Tem razão o recorrente ao afirmar que são inaplicáveis as disposições do CDC ao contrato de locação objeto da lide.

A jurisprudência do STJ é firme ao negar a aplicação das normas do CDC aos contratos de locação, já que estes são regulados por lei própria, a Lei n. 8.245/1991. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Locação. Recurso especial. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Acesso. Indenização. Renúncia.

1. Esta Corte firmou compreensão no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios.

2. Não é nula a cláusula em que se renuncia ao direito de indenização nas hipóteses de acesso em terreno locado, prestigiando o princípio da autonomia das vontades.

3. Recurso conhecido e improvido.

(REsp n. 439.797-SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 19.11.2002, DJ 26.5.2003, p. 380).

Direito Civil. Processual Civil. Recurso especial. Locação. Embargos à execução. Afronta ao art. 535, II, do CPC. Não-ocorrência. Cláusulas contratuais abusivas. Aferição. Impossibilidade. Súmula n. 5-STJ. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Precedente do STJ. Deficiência de fundamentação. Súmula n. 284-STF. Apelação. Limites. *Reformatio in pejus*. Ocorrência. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(...)

4. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios. Precedente do STJ.

(...)

7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 893.218-RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 20.11.2008, DJe 9.12.2008).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Locação. Processo Civil. Fiador. Ausência do pólo passivo da ação de despejo. Interesse de agir do locador. Possibilidade de cobrança de encargos cobertos pelo contrato de fiança. Multa moratória. Alteração do percentual. Livre pactuação entre os contratantes. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias. Impossibilidade.

(...)

3. O Superior Tribunal de Justiça entende ser incabível a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias regidas pela Lei n. 8.245/1991, porque se tratam de microssistemas distintos, pertencentes ao âmbito normativo do direito privado.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 660.449-MG, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 7.2.2008, DJ 25.2.2008, p. 370).

Processual Civil. Violação aos artigos 12, V, 458, II e 535, II do CPC. Inocorrência.

(...)

- Consoante iterativos julgados desse Tribunal, as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor não são aplicáveis ao contrato de locação predial urbana, que se regula por legislação própria – Lei n. 8.245/1991.

- Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 302.209-MG, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 7.2.2002, DJ 4.3.2002, p. 305).

Locação. Despesas de condomínio. Multa. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade.

I - As relações locatícias possuem lei própria que as regule. Ademais, falta-lhes as características delineadoras da relação de consumo apontadas nos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/1990.

(...)

- Recurso não conhecido.

(REsp n. 239.578-SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 8.2.2000, DJ 28.2.2000, p. 122).

No caso em questão, tem-se um contrato locatício firmado por duas sociedades empresárias, cujo objeto era o aluguel de um espaço que seria usado pela locatária para exercício de sua atividade-fim - realização de eventos. Não há, definitivamente, como enquadrar tal contrato como relação de consumo, razão pela qual deve ser reformado acórdão recorrido, o qual, com base no art. 51, II, do CDC, considerou abusiva a cláusula n. 8 do contrato firmado entre as partes.

Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, c, do CPC, *conheço* do agravo para *dar provimento* ao recurso especial, julgando improcedentes os pedidos formulados na presente ação. Condeno a recorrida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Publique-se e intimem-se.

Com efeito, a decisão agravada não interpretou cláusula contratual nem reexaminou o conjunto fático-probatório dos autos, mas apenas reconheceu, apoiada em vários precedentes do STJ, a tese jurídica de que o CDC não se aplica a contratos de locação, tese esta, aliás, que os argumentos da agravante não foram capazes de refutar.

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Clarissa Costa de Lima**

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORADAS NO ACÓRDÃO

Trata-se de caso Agravo Regimental visando a reforma do acórdão do STJ que deu provimento ao recurso especial negando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a um contrato de locação firmado por duas sociedades empresárias, cujo objeto era o aluguel de um espaço para realização de eventos, atividade-fim da locatária. No acórdão de primeiro grau, entendeu que o contrato de locação se enquadrava como relação de consumo, aplicando o art.

(*) Doutora e Mestre em Direito Civil. Presidente Brasilcon 2012/2013. Juíza de Direito no TJRS

51, II do CDC para considerar abusiva a cláusula nº 8 do contrato firmado entre as partes sob o fundamento de que a sociedade locatária é hipossuficiente e que a responsabilidade do fornecedor por defeito na prestação de serviço é objetiva, cuja ementa dispõe: “Agravo Regimental de Apelação Cível. Ação Declaratória de Resilição Contratual c/c indenização e revisão de cláusulas contratuais. Contrato de Fornecimento de Serviço. Locação de espaço para evento. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade civil objetiva. Precedentes. Nulidade de cláusula abusiva. Restituição do valor pago. Possibilidade. A responsabilidade do fornecedor decorrente de defeito na prestação de serviço é objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Sendo referida relação caracterizada como de consumo, possível é a declaração de nulidade de cláusula abusiva ao consumidor que se mostra hipossuficiente no caso. Assim, diante da abusividade da cláusula contratual, possível é a restituição da importância paga ao fornecedor de serviço não realizado, a fim de evitar enriquecimento ilícito do mesmo. Ausência de elemento novo. Desprovisamento. Não trazendo o recorrente nenhum elemento novo capaz de sustentar a pleiteada reconsideração da decisão fustigada, deve ser desprovido o agravo regimental. Agravo Regimental conhecido e desprovido.”

O pedido foi no sentido da modificação do acórdão de origem alegando, basicamente, que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos contratos de locação que são regulados por lei especial.

O voto do Ministro-relator, no que foi seguido pelos demais membros da Quarta Turma, foi no sentido de afirmar o entendimento estabelecido em precedentes do STJ, afastando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias regidas pela Lei 8245/91 porque se tratam de microssistemas distintos.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Trata-se de caso em que se discute a qualificação do contrato de locação celebrado entre duas sociedades empresárias, para efeito de determinar-se a incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor.

A decisão de primeiro grau aplicou do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de locação firmado por duas sociedades empresárias sob o fundamento

de que a locatária seria “hipossuficiente”. De outro lado, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça aplica exclusivamente a Lei 8.245/91 aos contratos de locação, afastando a incidência do CDC porquanto seriam “microssistemas distintos”.

No que diz respeito ao âmbito de aplicação do CDC, suas normas de proteção são aplicáveis somente quando estivermos diante de uma relação contratual entre um fornecedor e um consumidor, ambos definidos por lei. Os conceitos de consumidor e fornecedor constam no corpo legislativo (art. 2º e 3º) para facilitar a interpretação do intérprete.

Não obstante, Antonio Herman Benjamin destaca que um dos pontos mais complexos de qualquer legislação de proteção do consumidor é a definição do sujeito especialmente protegido. Mesmo nos países que contam com legislação especial de proteção dos consumidores, não há uma definição homogênea do conceito jurídico de consumidor.¹ Na doutrina brasileira, após 25 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, ainda encontramos divergências quanto à interpretação do termo “destinatário final”, havendo duas correntes com interpretações distintas.

A corrente maximalista que amplia o conceito de consumidor ao adquirente de bem ou serviço como destinatário final fático, ou seja, não importando se o faz com finalidade lucrativa. A corrente finalista ou subjetiva exige a destinação final fática e econômica pelo consumidor do bem ou serviço. Esta interpretação afasta a aplicação do CDC nos casos em que o consumidor adquire o produto ou serviço é adquirido para uso profissional ou para revenda.

A teoria finalista, segundo a qual, para caracterizar o consumidor não basta ser destinatário fático, devendo ser também o destinatário final econômico, foi adotada pelo STJ a partir do julgamento do REsp 476.428/SC em 19.04.2005, de relatoria da Min. Nancy Andrighi.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, as duas correntes culminaram na teoria denominada de “finalismo aprofundado”, adotada em vários precedentes do STJ que passou a interpretar a expressão destinatário final de forma diferenciada e mista. De acordo com esta corrente de pensamento, ainda que o consumidor utilize o produto ou serviço para sua atividade

¹ O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor v.7. p.274, São Paulo: Ed. RT, jul-set.1993. O Conceito Jurídico de Consumidor. Revista dos Tribunais v.628, p.70, São Paulo: Ed. RT, fev.1988.

empresarial, poder-se-ia aplicar o Código de Defesa do Consumidor desde que constatada sua vulnerabilidade no caso concreto².

Portanto é a vulnerabilidade do consumidor que determinará a aplicação do art. 2º do CDC a fim de proteger aquele que é a parte mais fraca e que está em desigualdade em relação ao profissional que oferece o contrato. Devemos destacar que na relação entre duas sociedades empresárias a incidência do CDC é excepcional pois se presume a inexistência de vulnerabilidade ou de desequilíbrio entre os contratantes a ponto de merecer uma tutela especial.³ Ademais, o campo de aplicação do CDC foi reduzido após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que se destina à relação entre empresários ou entre iguais mesmo que de aquisição “fática” final de insumos para a produção. O CDC fica reservado para as relações entre civis e empresários (consumidor e fornecedor).

No caso julgado pelo STJ, não se verifica a vulnerabilidade da sociedade locatária que utiliza a locação para a sua atividade-fim, tampouco, se verifica dependência ou desequilíbrio da sociedade locatária frente a sociedade locadora a ponto de legitimar a aplicação da Lei 8.078/1990. Logo, a conclusão inelutável é de que a relação locatícia entre duas sociedades empresárias não caracteriza relação de consumo, uma vez que o locatário não é o destinatário final fático e econômico do bem locado, trata-se de locação comercial e, como tal, regulada pela Lei especial de locação e pelo Código Civil em diálogo de subsidiariedade e complementariedade.⁴ Convém lembrar que o Código Civil de 2002 introduziu o paradigma da boa-fé em todas as relações civis e comerciais, de modo que a tutela especial do CDC deve ficar restrita às relações em que uma das partes se encontre em situação de vulnerabilidade fática, econômica, jurídica ou técnica.

A jurisprudência consolidada do STJ afasta o CDC e aplica somente a lei 8.241/91 aos contratos de locação por entender que se tratam de “microssistemas

² AREsp 609810-DF, relatoria do Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado em 06.10. 2015, AREsp 336.088-SC, relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 28/09/2015, AREsp 1149195-PR, relatoria Ministro Sidnei Benetti, julgado em 25.06.2013, AREsp 546659, relatoria de Marco Buzzi, julgado em 28.09.2015,

³ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 6ª edição ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.322.

⁴ MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor, vol. 45, p. 5 e 8, São Paulo: Ed. RT, janeiro/março, 2003.

distintos” sem fazer o diálogo entre os diplomas legais. A Corte não examina diretamente a qualificação das partes envolvidas e a vulnerabilidade no caso concreto, tampouco, diferencia os contratos celebrados entre locatário e locador e entre locatária e administradora de imóveis.

Após 25 anos de vigência do CDC, a controvérsia quanto a sua aplicação ou a aplicação da lei especial e posterior (Lei 8.241/91) que veio regular as locações, não se encontra pacificada na doutrina.

José Geraldo de Brito Filomeno sustenta que é aplicável a lei especial de locações, porque tem a mesma natureza da lei protetiva dos consumidores no que tange aos preceitos de ordem pública e interesse social. A lei de locações protege o locatário assim como o consumidor é protegido pelo CDC, tanto que o art. 45 da Lei 8.241 culmina com nulidade de pleno direito as cláusulas contratuais abusivas assim como o art. 51 do CDC.⁵ Silvio de Sávio Venosa, de outro lado, defende a aplicação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor sempre que o locatário se enquadrar na definição do art. 2º ou do art. 29 do CDC, independentemente da caracterização do locador como fornecedor.⁶ Claudia Lima Marques entende que em se tratando de locações urbanas não residenciais, aplicam-se conjuntamente o CDC e a Lei 8.245/91. Especificamente em relação aos contratos de locação firmados com imobiliária (terceiro organizador do contrato de adesão) a autora considera que se aplica o sistema do Código do Consumidor e não apenas o art. 54 do CDC.⁷ Igualmente, Leonardo Garcia afirma que o contrato de locação celebrado entre locatário e imobiliária configura relação de consumo e sofre a incidência das disposições do CDC, pois o contrato é de adesão e a posição do locatário “é de extrema vulnerabilidade, uma vez que ele depende da contratação para providenciar moradia para si e para sua família.”⁸

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol.I, Direito Material (art.1º a 80 e 105 a 108) p.64.

⁶ Reflexões sobre a Lei do Inquilinato e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, V. 13, p.2, São Paulo: Ed. RT, jan.mar/1995.

⁷ Comentários ao código de defesa do consumidor: art. 1 a 74: aspectos materiais/ Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.47 e Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 6ª edição ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.457.

⁸ GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência. Salvador: Juspodivm. 11 ed. 2015, p. 43.

A doutrina estrangeira reforça a necessidade de proteção especial à parte mais fraca nos contratos de locação considerado, ao lado do contrato de trabalho e de crédito ao consumidor, “contratos para a existência” porque se tratam de relações sociais de longa duração cujo objeto é satisfazer as necessidades humanas essenciais de bens, serviços e rendimentos. Vários princípios foram elaborados para estes contratos considerados essenciais para o desenvolvimento pessoal de todos os indivíduos que nelas participam. No que pertine à locação, destacamos o princípio que orienta a interpretar o contrato levando em conta o risco de exclusão social com a perda da habitação⁹.

Tais princípios poderiam contribuir para a atualização do Código de Defesa do Consumidor em tramitação no Parlamento Brasileiro, incluindo a locação contratada com administradora de imóveis, no seu âmbito de aplicação. A respeito, o Projeto de Lei do Senado n. 283/2012 incluía o 3º parágrafo ao artigo 3º do CDC dispondo que: “O contrato de locação de imóveis, quando celebrado através de empresas intermediárias, será regido pelas normas deste código”¹⁰, mas a disposição que poderia ampliar o campo de aplicação do CDC protegendo a parte mais vulnerável, acabou sendo excluída durante a tramitação do referido projeto.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda não há um consenso na doutrina e jurisprudência quanto à aplicação das normas protetivas do CDC às relações de locação. Enquanto no STJ a jurisprudência consolidou o entendimento de que o CDC não incide nas relações locatícias, parte da doutrina entende viável a aplicação do CDC especialmente quando o locatário se enquadrar na definição de consumidor.

Seria recomendável que a lei dispusesse sobre o âmbito de aplicação do CDC às relações locatícias como fazia o Projeto de Lei do Senado n. 283/2012.

⁹ Udo Reifner liderou o trabalho do Grupo European Social Contract (EuSoCo) que estudou os contratos considerados “mais essenciais” para a existência do consumidor, elaborando princípios que foram comentados por Claudia Lima Marques no artigo “Princípios dos Contratos Sociais de Longa Duração- Contratos para a Existência: Contratos de Trabalho, de Locação e Crédito ao Consumidor (European Social Contract-EuSoCo)”, publicado na Revista de Direito do Consumidor, vol. 98, p.263/265, São Paulo: Ed. RT, março-abril/2015.

¹⁰ Extrato dos substitutivos do Projeto de Lei 281, 282 e 283 de 2012 de autoria do Senador Ricardo Ferraço. Revista de Direito do Consumidor, Vol.90, p.265/294, São Paulo: Ed. RT, novembro/dezembro 2013.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor v.7. p.269/292, São Paulo: Ed. RT, jul-set.1993.

_____. O Conceito Jurídico de Consumidor. Revista dos Tribunais v.628, p.69/79, São Paulo: Ed. RT, fev.1988.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência. Salvador: Juspodivm. 11 ed. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol.I, Direito Material (art.1º a 80 e 105 a 108).

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 6ª edição ver. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor, vol. 45, p. 71/99, São Paulo: Ed. RT, janeiro/março, 2003.

_____. Princípios dos Contratos Sociais de Longa Duração- Contratos para a Existência: Contratos de Trabalho, de Locação e Crédito ao Consumidor (European Social Contract- EuSoCo). Revista de Direito do Consumidor, vol. 98, p.263/265, São Paulo: Ed. RT, março-abril/2015.

_____. Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. Comentários ao código de defesa do consumidor: art. 1 a 74: aspectos materiais, São Paulo: Ed. RT, 2003.

VENOSA, Silvio de Sávio. Reflexões sobre a Lei do Inquilinato e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, V. 13, p. 18/26, São Paulo: Ed. RT, jan.mar/1995.

Extrato dos substitutivos do Projeto de Lei 281, 282 e 283 de 2012 de autoria do Senador Ricardo Ferraço. Revista de Direito do Consumidor, Vol.90, p.265/294, São Paulo: Ed. RT, novembro/dezembro 2013.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
71.538-SP (2011/0119184-9)**

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Agravante: S/A Indústrias Reunidas F Matarazzo
Advogado: Alexandre Nasrallah e outro(s)
Agravado: Banco Union S A C A
Advogado: Marcello Augusto Lazzarini e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Contrato bancário. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental no agravo em recurso especial. Excesso de execução. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Mútuo bancário para obtenção de capital de giro. Inaplicabilidade do CDC. Decisão mantida.

1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7-STJ.

2. No caso, o Tribunal de origem concluiu que o bem oferecido em penhora era de difícil alienação e, por isso, entendeu por justificada a recusa do credor. Alterar tal entendimento é inviável em recurso especial, pois demandaria o reexame da prova dos autos.

3. A empresa que celebra contrato de mútuo bancário com a com a finalidade de obtenção de capital de giro não se enquadra no conceito de consumidor final previsto no art. 2º do CDC. Precedente.

4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, recebeu o pedido de reconsideração como agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de pedido de reconsideração interposto contra decisão desta relatoria que negou provimento ao agravo nos próprios autos, mantendo a inadmissibilidade do recurso especial (e-STJ fls. 493-495).

Em suas razões (e-STJ fls. 498-501), a agravante alega:

Com a devida venia, as questões debatidas nas instâncias ordinárias (juros, multa, aplicação do CDC, etc) possuem entendimentos variados nos Tribunais Regionais e no Superior Tribunal de Justiça, daí porque o Recurso Especial foi interposto com fundamento na contrariedade de lei e negativa de vigência de lei federal.

(...)

Ao contrário do entendimento firmado por Vossa Excelência, a Agravante não pede que esta Magna Corte calcule a multa moratória. A agravante não pede que este Tribunal fixe um valor para os bens penhorados. A agravante busca a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil no que diz respeito a aplicação da multa moratória mais benéfica por se tratar de relação de consumo, bem como o afastamento da penhora excessiva.

Ao final, requer a reconsideração da decisão impugnada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Inicialmente, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, recebo o pedido de reconsideração como agravo regimental.

A irresignação não merece ser acolhida.

A recorrente não trouxe nenhum argumento capaz de afastar os termos da decisão impugnada, razão pela qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 493-495):

Trata-se de agravo nos próprios autos (CPC, art. 544) interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial.

O acórdão recorrido está assim ementado (e-STJ fl. 369):

Embargos à execução. Execução fundada em instrumento de confissão de dívida. Embora a sentença não tenha resolvido todas as questões suscitadas pela embargante, o Tribunal pode analisá-las, de acordo com o disposto no § 1º do artigo 515 do CPC. Possibilidade de cobrança cumulada de juros moratórios e multa contratual, já que os primeiros constituem compensação financeira pelo atraso no pagamento, e a segunda sanção ao inadimplente. Capitalização de justos não demonstrada. Manutenção da penhora ainda que recusado pelo embargado o bem oferecido pela embargante, tendo em vista que a ordem legal estabelecida para a nomeação de bens não tem caráter rígido, devendo sua aplicação atender às circunstâncias do caso concreto. Recurso da embargante improvido.

Embargos à execução. Execução fundada em instrumento de confissão de dívida. Impossibilidade de redução da multa moratória de 10% para 2% em razão da inaplicabilidade do CDC a contratos celebrados com pessoa jurídica, e também porque a limitação só pode ser aplicada após agosto de 1996, quando a Lei n. 9.298 alterou o § 1º do artigo 52 daquele diploma legal. Recurso do embargado provido.

Os embargos de declaração opostos por ambas as partes foram rejeitados (e-STJ fls. 385-389).

Nas razões do recurso especial, fundamentado pelo art. 105, III, alínea **a**, da CF, a recorrente alega violação dos arts. 535, 655 e 656 do CPC e 3º, § 2º, e 52, § 1º, do CDC (e-STJ fls. 392-408).

O Tribunal estadual negou seguimento ao referido recurso sob os seguintes fundamentos: (a) ausência de ofensa ao art. 535, II, do CPC e (b) aplicação da Súmula n. 7-STJ (e-STJ fls. 433-434).

A agravante, em suas razões, impugna os fundamentos da decisão agravada (e-STJ fls. 447-460).

É o relatório.

Decido.

Correta a decisão de inadmissibilidade do recurso especial.

Preliminarmente, o Tribunal *a quo* decidiu a matéria controvertida, ainda que contrariamente aos interesses da parte. Assim, não incorreu em omissão, contradição ou obscuridade.

O julgador não está compelido a analisar todos os argumentos invocados pela parte, quando já tenha encontrado fundamentação satisfatória para dirimir integralmente o litígio.

Desse modo, quanto à alegada ofensa ao art. 535 do CPC, não assiste razão à parte recorrente.

O Tribunal estadual, ao decidir acerca dos embargos à execução decorrente de contrato de abertura de crédito, fê-lo consoante interpretação das cláusulas contratuais e análise das provas dos autos, conforme se extrai do seguinte excerto (e-STJ fls. 370-371):

Realmente, não foram analisadas as questões relativas à capitalização de juros e à cobrança cumulada de juros moratórios e multa contratual, equívocos que poderiam ter sido sanados quando da oposição do Embargos de Declaração de fls. 295-296.

Contudo, como a interposição de apelação devolve ao Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro (artigo 515, § 1º, do CPC), não há que se falar em nulidade, passando-se, de imediato ao exame da questão de fundo.

Os juros moratórios e a multa contratual têm finalidades distintas, constituindo os primeiros uma compensação financeira pelo atraso no pagamento, e a segunda uma sanção ao inadimplente, razão pela qual não há vedação à cobrança cumulada destes encargos.

Ademais, nem a planilha apresentada pelo embargado e nem o laudo pericial demonstraram a cobrança cumulada desta verbas.

(...)

Conforme se depreende do exame dos autos, a embargante entende dever, em 9.5.1997, R\$ 1.306.958,55 (fls. 97), enquanto o embargado, na mesma data, afirma que o valor correto seria de R\$ 1.441.149,92 (fls. 03 da execução em apenso).

Por sua vez, o perito judicial, também em 9.5.1997, apurou o valor de R\$ 1.393.600,32, com multa de 10% (fls. 167, item b), e de R\$ 1.292.247,57, com multa de 2% (fls. 168). E neste cálculos foram contados juros simples (fls. 168, item 1.2.1.2).

Por conseguinte, dissentir das razões do referido julgado - no tocante à recusa do bem oferecido à penhora pela embargante, bem como aos valores cobrados em virtude da celebração do contrato entre as partes - demandaria revolvimento do contexto fático-probatório dos autos e interpretação das cláusulas contratuais, o que é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista a aplicação das Súmulas n. 5 e 7 do STJ, respectivamente:

A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Ante o exposto, nos termos do art. 544, § 4º, II, **a**, do CPC, *nego provimento* ao agravo.

Publique-se e intimem-se”.

De início, reitere-se que não houve ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto o Tribunal de origem decidiu a controvérsia de forma fundamentada, ainda que contrariamente aos interesses da parte, não incorrendo, pois, em omissão.

As questões referentes à penhora e à aplicabilidade do CDC ao caso foram expressamente enfrentadas pelo acórdão recorrido, o que foi, inclusive, explicitado no julgamento dos embargos de declaração (e-STJ fls. 385-389).

Quanto à suposta violação da ordem legal de penhora, entendeu o Tribunal *a quo* que a recusa do bem oferecido em penhora foi justificada, por se tratar de bem de difícil alienação, o que está em consonância com a jurisprudência desta Corte:

Processual Civil. Recurso especial. Execução por título judicial. Nomeação de notas do Tesouro Nacional. Baixa liquidez. Recusa do exequente. Possibilidade. Moldura fática a apontar que o executado dispõe de numerário suficiente. Inconveniência da medida, por acarretar, sem razoabilidade, maior dispêndio de tempo e de atos processuais.

1. Conforme remansosa jurisprudência desta Corte, é legítima a recusa à penhora de título de baixa liquidez, de difícil alienação.

2. Em execução por quantia certa de valor que não se mostra exorbitante para a instituição financeira, é de rigor que a penhora, em observância à gradação legal, recaia sobre dinheiro, respeitadas apenas as reservas bancárias mantidas pelo Banco Central.

3. A moldura fática apurada pela Corte local aponta que a executada dispõe de numerário suficiente à garantia do Juízo, por isso a penhora das “Notas do Tesouro Nacional” mostra-se inconveniente, visto que acarretará maior dispêndio de tempo e de atos processuais para o Judiciário, afrontando, por não haver razoabilidade na adoção da medida, os princípios da efetividade, economia e celeridade processual.

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 918.677-RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 1º.9.2011, DJe 13.9.2011).

Ademais, em virtude do óbice da Súmula n. 7/STJ, é inviável alterar a conclusão da Corte estadual quanto ao fato de o bem ser de difícil alienação. Nesse sentido:

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Bens de difícil alienação oferecidos à penhora. Deferimento de penhora *on line*. Possibilidade. Reexame do conjunto fático-probatório. Súmula n. 7-STJ. Decisão agravada mantida.

1.- Com a edição da Lei n. 11.382/2006, consolidou-se o entendimento de que o dinheiro, em espécie, ou depósito, ou aplicação financeira (art. 655, I do CPC) é o primeiro bem a ser penhorado, na ordem legal.

2.- A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que pode a constrição recair sobre dinheiro, sem que isso implique afronta ao princípio da menor onerosidade da execução, previsto no art. 620 do Código de Processo Civil.

3.- Concluindo o Judiciário estadual que os bens oferecidos à penhora são de difícil alienação, a revisão desta conclusão demanda, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório da causa o que impede a abertura da via especial, ante o óbice da Súmula n. 7 deste Tribunal.

4.- Agravo improvido.

(AgRg no AREsp n. 294.756-SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23.4.2013, DJe 7.5.2013).

Em relação à incidência do CDC, o acórdão recorrido afastou a aplicabilidade de tal diploma legal ao caso, sob o fundamento de que “a dívida confessada decorre de contratos de abertura de crédito (fls. 34, item 1), celebrados pela embargante para incrementar suas atividades, o que afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor”.

A decisão recorrida está em harmonia com a jurisprudência desta Corte, cujo entendimento é de que a empresa tomadora de empréstimo utilizado como capital de giro não se enquadra na figura de consumidor, prevista no art. 2º do CDC. Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Arrendamento mercantil. Ausência de impugnação aos fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula n. 182-STJ.

1. A agravante não impugnou, como seria de rigor, todos os fundamentos da decisão ora agravada, circunstância que obsta, por si só, a pretensão recursal, porquanto aplicável o entendimento exarado na Súmula n. 182 do STJ, que dispõe: “É inviável o agravo do art. 545 do Código de Processo Civil que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

2. Nas operações de mútuo bancário para obtenção de capital de giro, não são aplicáveis as disposições da legislação consumerista, uma vez que não se trata de relação de consumo, pois não se vislumbra na pessoa da empresa tomadora do empréstimo a figura do consumidor final, tal como prevista no art. 2º, do do Código de Defesa do Consumidor.

3. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Relativamente à variação cambial pelo dólar, incide na espécie o Enunciado Sumular n. 83 desta Corte Superior.

4. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.

(AgRg no REsp n. 956.201-SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18.8.2011, DJe 24.8.2011).

Não prosperam, portanto, as alegações constantes do recurso, incapazes de alterar os fundamentos da decisão agravada.

Em tais condições, recebo o pedido de reconsideração como agravo regimental, ao qual *nego provimento*.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Maria Stella Gregori¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O acórdão, a seguir transcrito, refere-se a um Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 71.538-SP (2011/0119184-9)²:

PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCESSO DE EXECUÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. MÚTUO BANCÁRIO PARA OBTENÇÃO DE CAPITAL DE GIRO. INAPLICABILIDADE DO CDC. DECISÃO MANTIDA.

1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Professora Assistente Mestre de Direito do Consumidor da PUC-SP. Advogada.

² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N.71.538 – SP (2011/0119184-9). Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 28 de maio de 2013.

2. No caso, o Tribunal de origem concluiu que o bem oferecido em penhora era de difícil alienação e, por isso, entendeu por justificada a recusa do credor. Alterar tal entendimento é inviável em recurso especial, pois demandaria o reexame da prova dos autos.

3. A empresa que celebra contrato de mútuo bancário com a com a finalidade de obtenção de capital de giro não se enquadra no conceito de consumidor final previsto no art. 2º do CDC. Precedente.

4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, a que se nega provimento.

Os Doutos Ministros da Quarta Turma acordaram por unanimidade, o recebimento do pedido de reconsideração como agravo regimental e negaram-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, Antonio Carlos Ferreira. O julgamento, realizado em 28 de maio de 2013, teve a participação dos Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti que votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido acórdão trata-se de pedido de reconsideração interposto contra decisão da relatoria que negou provimento ao agravo nos próprios autos, mantendo a inadmissibilidade do recurso especial. Em suas razões a agravante alega que, as questões debatidas nas instâncias ordinárias (juros, multa, aplicação do CDC) possuem entendimentos variados nos Tribunais Regionais e no Superior Tribunal de Justiça, daí porque o Recurso Especial foi interposto com fundamento na contrariedade de lei e negativa de vigência de lei federal.

A Agravante não pede que a Magna Corte calcule a multa moratória. A agravante não pede que o Tribunal fixe um valor para os bens penhorados. A agravante busca a aplicação do Código de Defesa do Consumidor - CDC e do Código de Processo Civil - CPC no que diz respeito à aplicação da multa moratória mais benéfica por se tratar de relação de consumo, bem como, o afastamento da penhora excessiva. Ao final, requer a reconsideração da decisão impugnada.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

A Quarta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ, por unanimidade, recebeu o pedido de reconsideração de agravo regimental no agravo em Recurso Especial. Contudo, negou-lhe provimento, seguindo

entendimento do voto do Sr. Ministro Relator, que monocraticamente já havia decidido pela inadmissibilidade do recurso especial, conforme decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Do ponto de vista dogmático, os magistrados observaram rigorosamente as regras processuais, dispostas no art. 535, CPC e na Súmula nº 7/STJ. Isto é, o STJ seguiu o mesmo entendimento do Tribunal originário e decidiu a demanda de forma fundamentada. Não incorreu em omissão, contradição ou obscuridade, bem como observou que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”³.

No caso concreto, se encerra a questão, pois a reapreciação de prova foge da competência do STJ. Mas do ponto de vista teórico e doutrinário há uma questão de fundo importante que deve ser comentada: se o STJ tivesse a oportunidade de decidir sobre o mérito do referido caso, a decisão poderia ter sido pautada com observância aos ditames previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Inicialmente, porque o caso, em comento, é de um contrato bancário de mútuo, entre a empresa S/A Indústrias Reunidas F. Matarazzo e o Banco Union S.A. que se configura como relação jurídica de consumo, onde se tem dois sujeitos: o Banco Union S.A., que, de acordo com a definição trazida pelo CDC, em seu art. 3º§ 2º⁴, enquadra-se como fornecedor de serviços bancários, financeiros e creditícios e a Indústria Matarazzo, que se enquadra como consumidora, segundo definição trazida pelo art. 2º, *caput*, CDC⁵. Para regular tal relação deve-se obediência ao Código de Defesa do Consumidor, materializado na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

No que se refere ao fato do Banco Union S.A. ser fornecedor no mercado de consumo, não se tem mais dúvida no ordenamento jurídico brasileiro, pois as instituições bancárias, financeiras, creditícias e securitárias estão submetidas à égide do Código de Defesa do Consumidor.

³ Súmula 7/STJ

⁴ Art. 3º § 2º, CDC – 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.

⁵ Art. 2º, CDC – Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

A incidência da aplicação do CDC às instituições financeiras suscitou muita polêmica e foi debatido em sede judicial. O STJ por meio da Súmula 297 pacificou o entendimento de que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”⁶ e, também, por meio da ADIn 2.591/DF, interposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF, em 2001, alegando pretensa inconstitucionalidade do § 2º *in fine*, do art. 3º do CDC. Tal entendimento divergente da CONSIF não mereceu guarida, perante o Supremo Tribunal Federal – STF, que entendeu, por maioria, que o conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, previsto no CDC, inclui as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. Recorde-se o voto vencedor do Min. Eros Grau⁷, na referida ADIn, o qual alega que “todas as operações bancárias e o oferecimento de crédito em especial, são, em princípio, fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo submetidos ao CDC, bastando a presença concreta de um consumidor a proteger!”

Em relação à Indústria F. Matarazzo ser consumidora, na relação com o Banco Union S.A., também, não há dúvida, pois ela como empresa, pessoa jurídica, destinatária final, firmou com ele um contrato bancário. Ela solicitou ao banco a colocação de dinheiro à sua disposição e assumiu a obrigação de restituí-lo para a utilização de capital de giro, o que caracteriza, portanto, um contrato de mútuo bancário. Com este empréstimo supriria uma utilidade pessoal sua, seja para pagar ou comprar algo.

É de consignar, também, que a própria agravante recorreu à Corte solicitando reexame do caso à luz do Código de Defesa do Consumidor. Isto é, solicitou que o percentual do valor da multa, sobre o montante devido, fosse de acordo com o previsto no art. 52 § 1º, CDC. Tal regra dispõe que as multas decorrentes do inadimplemento da obrigação, no fornecimento de serviços que envolverem outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo pós-moderno em que vivemos, o Brasil conta com a Constituição Federal de 1988, denominada Cidadã, que trata do direito do

⁶ Súmula 297/STJ

⁷ STF, ADIn 2.591/DF, rel.orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, j.07.06.2006, Fonte: STF, disponível em: www.stj.jus.br, acesso:22out.2015.

consumidor em vários dispositivos, destacando-se, primeiramente, como um item da cesta de direitos individuais e coletivos, ao determinar, no art. 5.º, XXXII, o dever do Estado brasileiro de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. A defesa do consumidor também foi elevada à categoria de princípio informador da ordem econômica brasileira, e o art. 48 da ADCT determina pontualmente a elaboração do Código de Defesa do Consumidor. O CDC tem, pois, raiz constitucional, o que significa que todo o princípio da proteção ao consumidor acha-se constitucionalmente assegurado.

A matéria regulada pelo Código de Defesa do Consumidor é a relação de consumo, assim entendida a relação jurídica existente entre dois sujeitos: o consumidor e o fornecedor tendo por objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços. Esses requisitos devem necessariamente coexistir para aplicá-lo. Se alguns destes requisitos não se enquadrarem não há relação de consumo e não se aplica o CDC.

Nesse diapasão, as relações jurídicas de consumo estão regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Entende-se, portanto, que o contrato de mútuo bancário para obtenção de capital de giro firmado entre o Banco Union S.A. e as Indústrias F. Matarazzo, patenteia-se típica relação jurídica de consumo, onde o banco é fornecedor e a empresa é consumidora.

Provavelmente, como já se observou, se o Superior Tribunal de Justiça pudesse analisar o mérito do referido caso, iria observar os ditames do Código de Defesa do Consumidor. Esta Corte, mesmo antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, já havia pacificado entendimento de que o CDC é aplicável às instituições financeiras.

A decisão comentada foi analisada pelo STJ sob o enfoque processual, na medida em que a reapreciação de prova foge de sua competência. Não se questionou o mérito do caso concreto, que, no entanto, traz à baila uma importante questão: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, como este em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial N.71.538 – SP (2011/0119184-9). Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 28 de maio de 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto – Lei n. 8.078, 11 de setembro de 1990. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; **MIRAGEM**, Bruno e **BENJAMIN**, Antonio Hermann Vasconcellos. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1.º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
342.496-SP (2013/0147090-6)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Agravante: Desenvolvimento Rodoviário S/A Dersa

Advogados: Antônio Leiroza Neto

Fátima Luiza Alexandre e outro(s)

Franco Emmerich Paula de Castro

Luciana Maria Graziani Matta

Renata de Freitas Baddini e outro(s)

Agravado: Francisco José Safadi Filho

Advogado: Sérgio Gerab e outro(s)

EMENTA

Responsabilidade civil. Agravo regimental. Rodovia. Concessionária. Relação com usuário. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva. Reexame fático-probatório. Súmula n. 7-STJ.

1. A empresa concessionária que administra rodovia mantém relação consumerista com os usuários, devendo ser responsabilizada objetivamente por eventuais falhas na prestação do serviço.
2. É inviável, em sede de recurso especial, o reexame do conjunto fático-probatório da demanda. Inteligência da Súmula n. 7-STJ.
3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo em recurso especial interposto por *Desenvolvimento Rodoviário S/A Dersa* contra decisão de minha lavra que negou provimento ao agravo em recurso especial pelas razões seguintes: (a) ausência de prequestionamento do art. 267, VI, do CPC; e (b) aplicação da Súmula n. 7 do STJ quanto à existência de nexo de causalidade entre a omissão da recorrente e o evento danoso.

Em suas razões, a parte ora agravante afirma não ter aplicabilidade a Súmula n. 7 do STJ, visto que não são objetos de impugnação a invasão da rodovia por um animal, tampouco a ocorrência de acidente automobilístico, mas sim os efeitos jurídicos atribuídos a tais fatos. Alega não fazer parte das obrigações da concessionária a fiscalização de animais que circundam os terrenos pertencentes a terceiros, devendo ser reconhecida a ocorrência de excludente de responsabilização, por caso fortuito, motivo pelo qual requer a reforma do acórdão recorrido para afastar sua responsabilidade.

A agravada apresentou impugnação tempestivamente às fls. 427-434 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O presente agravo regimental não merece prosperar.

A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que a empresa concessionária que administra rodovia mantém relação consumerista com seus usuários, devendo aquela ser responsabilizada objetivamente por eventuais falhas na prestação do serviço, como por exemplo o não recolhimento de animais na pista, ameaçando a segurança de quem nela trafega.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de indenização por dano material e moral. Acidente de trânsito. Atropelamento de animal bovino

no meio da pista de rolagem em rodovia conservada e fiscalizada mediante concessão. Relação de consumo. Precedente. Artigo 936 do Código Civil. Súmula n. 211-STJ. Artigo 269, inciso X, do Código do Trânsito Brasileiro. Súmula n. 283-STF. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ.

1. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça preceitua que as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista.

[...]

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 150.781-PR, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 9.8.2013.)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Ação de reparação de danos causados a viatura policial que trafegava em rodovia mantida por concessionária de serviço público. Acidente de trânsito. Atropelamento de animal na pista. Relação consumerista. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva da concessionária. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Inexistência de excludente de responsabilização. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 1.067.391-SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 17.6.2010.)

Civil e Processual. Acidente. Rodovia. Animais na pista. Responsabilidade objetiva. Concessionária de serviço público. Segurança. Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

I - De acordo com os precedentes do STJ, as concessionárias de serviços rodoviários estão subordinadas à legislação consumerista.

II - A presença de animais na pista coloca em risco a segurança dos usuários da rodovia, respondendo as concessionárias pelo defeito na prestação do serviço que lhes é outorgado pelo Poder Público concedente.

III - Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 687.799-RS, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe de 30.11.2009.)

Recurso especial. Acidente em estrada. Animal na pista. Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

Conforme jurisprudência desta Terceira Turma, as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista. Portanto, respondem, objetivamente, por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados pela presença de animais na pista.

Recurso especial provido. (REsp n. 647.710-RJ, relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ de 30.6.2006, p. 216.)

Com efeito, no presente caso, o Tribunal de origem, com base na análise do conjunto de provas dos autos, concluiu pelo nexo de causalidade entre o evento danoso e a falha na prestação do serviço por parte da concessionária ora agravante em decorrência da ausência de sinalização, no trecho onde ocorreu o acidente, quanto à possibilidade de existência de animais na rodovia, da falta de iluminação na pista e do não recolhimento do animal que causou o acidente (e-STJ, fls. 293-302).

Desse modo, entendimento diverso daquele apresentado pela Corte *a quo* implica necessariamente no revolvimento fático-probatório dos autos, procedimento vedado nesta via recursal especial, por força do óbice previsto na Súmula n. 7 do STJ.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Adalberto Pasqualotto¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O acórdão em questão trata de Agravo Regimental, interposto por empresa concessionária de rodovia, contra decisão monocrática que negou provimento ao agravo em Recurso Especial por ausência de prequestionamento do art. 267, VI, do CPC, e por aplicação da Súmula 7, do STJ. O fato diz respeito a um acidente de trânsito, ocorrido em rodovia sob concessão da recorrente, causado pela presença de um animal na pista. A recorrente sustenta não ter aplicação a Súmula 7, porque não impugna os aspectos fáticos da presença do animal e do acidente, mas sim os efeitos jurídicos da ocorrência.

A E. Terceira Turma, sob a liderança do voto do Relator, Ministro João Otávio de Noronha, à unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental, seguindo precedentes arrolados, todos no sentido de que as empresas que

¹ Professor Titular de Direito do Consumidor nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

exploram concessões de rodovias mantêm relação de consumo com os usuários, devendo ser responsabilizadas objetivamente por eventuais falhas na prestação do serviço, configurando-se como tal a presença de animais na pista.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Os comentários a seguir abordarão os seguintes tópicos: 1) Concessão rodoviária e relação de consumo; 2) Fato do serviço; 3) Legítima expectativa de segurança; 4) Defeito; 5) Fortuito interno.

1) Concessão rodoviária e relação de consumo

Os serviços públicos são prestados diretamente pelo Estado ou pela iniciativa privada, conforme o art. 175, da CF, e a Lei nº 8.987, de 13/2/1995. Esta, a chamada Lei Geral de Concessões, considera concessão de serviço público, entre outras modalidades, aquela que é precedida de obra pública para a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de *quaisquer obras de interesse público*, delegada pelo poder concedente a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, para que o explore economicamente, *por sua conta e risco*.² Enquadra-se nessa previsão a concessão de estradas rodoviárias, nas quais a empresa concedente remunera-se pela cobrança de tarifa.

A prestação de serviços públicos é prevista no Código de Defesa do Consumidor em dois dispositivos. No art. 22, *caput*:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

E no art. 6º, inc. IX, do CDC, que torna “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” um dos direitos básicos do consumidor. Assim, todo serviço público em que ocorre contraprestação do usuário (serviço público impróprio ou *uti singuli*) consiste em relação de consumo, uma vez que o

² Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; (...).

pagamento da tarifa preenche o requisito de remuneração presente no art. 3º, § 2º, do CDC.³

2) Fato do serviço

A responsabilidade do fornecedor pelos riscos à segurança ou danos à saúde do consumidor ocorre pelo fato do produto ou do serviço, assim entendido o acontecimento que, ligado ao fornecimento do produto ou do serviço, apresenta nexos causal com o risco concreto à segurança ou o dano. A responsabilidade do fornecedor é objetiva, independente de culpa (artigos 12 e 14, do CDC).

No caso da concessão de estradas rodoviárias, a presença de animais na pista é fato que ameaça a segurança dos usuários, e o acidente que vem a ocorrer por essa razão é imputável ao concessionário, a quem compete zelar pela “adequada e eficaz” prestação do serviço, conforme reza o art. 6º, IX, do CDC. Ademais, a segurança é um dos requisitos da prestação dos serviços públicos, conforme se lê no art. 22, do CDC.

3) Legítima expectativa de segurança

O usuário de estrada concedida tem a legítima expectativa de que poderá trafegar sem riscos relativos à qualidade da rodovia e aos serviços que lhe são inerentes. Essa expectativa compreende a ausência de quaisquer obstáculos à fluência natural do trânsito, tais como a presença de animais na pista. Este fato contraria o modo normal de fornecimento do serviço e não constitui um risco inerente ao uso da estrada.

4) Defeito

O defeito na prestação do serviço se caracteriza quando a legítima expectativa de segurança do consumidor (no caso, o usuário da estrada administrada mediante contrato de concessão) é contrariada por um fato que deveria ser controlado pelo fornecedor do serviço (o concessionário). O defeito é causa do acidente, conforme explicita o art. 14: “danos *causados*

³ Neste sentido, entre outros: PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Direito do Consumidor*, vol 1, jan.-mar. 1992, p. 130-148; CAZZANIGA, Gláucia Aparecida Ferraroli. Responsabilidade dos órgãos públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Direito do Consumidor*, vol. 11, jul.-set. 1994, p. 144-160; RODYCZ, Wilson Carlos. A responsabilidade das empresas privadas por danos causados na prestação de serviços públicos delegados. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 45, jan.-mar. 2003, p. 192-227; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 65, jan.-mar. 2008, p. 226-252; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* (comentários ao art. 22). 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

aos consumidores por *defeitos*". Definir o nexo causal exige a verificação da necessidade de um fator como explicação etiológica do dano.⁴ Se a estrada estava esburacada de modo a causar o descontrole do comando do veículo que trafegava em condições regulares de velocidade e com observância de todas as regras de trânsito aplicáveis, pode dizer-se que a causa do acidente foi o defeito da pista. Nesse caso, portanto, o defeito na prestação do serviço é a causa direta e imediata do dano.

Há outras situações, porém, em que a causa pode ser relativamente estranha às condições objetivas do serviço. Tal é o exemplo da presença de um animal na pista. O animal surge surpreendentemente e transforma-se na causa imediata do acidente, não obstante as boas condições de trafegabilidade da pista.

Neste caso, entra em cogitação outro pressuposto da responsabilidade objetiva do fornecedor: o nexo de imputação. Será imprescindível indagar se a presença do animal na pista é fato imputável ao concessionário da rodovia. Ou ele poderá alegar caso fortuito?

5) Fortuito interno

Ao assumir a exploração econômica da concessão rodoviária *por sua conta e risco*, conforme consigna expressamente a Lei Geral de Concessões, o concessionário pratica ato de livre iniciativa. Consequentemente, atraindo para o empreendimento a regulação jurídica concernente, composta das leis administrativas setoriais, das normas regulamentares expedidas pela Agência Nacional dos Transportes Terrestres, e pelo Código de Defesa do Consumidor, na medida em que a relação jurídica que se estabelece entre a empresa concessionária e os usuários da rodovia é de consumo. Portanto, deverá responder objetivamente pelos danos causados por defeitos do serviço aos usuários ou consumidores. A possibilidade de se eximir da responsabilidade pela reparação dos danos é limitada aos casos previstos no art. 14, § 3º, do CDC, o que não inclui o chamado caso fortuito.

A presença de animais na pista, segundo a alegação da recorrente, caracterizaria fato estranho à sua responsabilidade. Por essa razão, alegou que não estava questionando o fato da presença do animal, mas sim os seus efeitos jurídicos. No relatório, o acórdão consigna:

⁴ Adota-se aqui, para efeito de demonstração do argumento, a teoria do dano direto e imediato, ou da necessidade. Sobre a matéria, entre outros: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 96 e seg.

Em suas razões, a parte ora agravante afirma não ter aplicabilidade a Súmula n. 7 do STJ, visto que não são objetos de impugnação a invasão da rodovia por um animal, tampouco a ocorrência de acidente automobilístico, mas sim os efeitos jurídicos atribuídos a tais fatos. Alega não fazer parte das obrigações da concessionária a fiscalização de animais que circundam os terrenos pertencentes a terceiros, devendo ser reconhecida a ocorrência de excludente de responsabilização, por caso fortuito, motivo pelo qual requer a reforma do acórdão recorrido para afastar sua responsabilidade.

Em outras palavras, a recorrente pretendia eximir-se da responsabilidade pelos danos oriundos do acidente pela ocorrência de caso fortuito.

Na responsabilidade civil objetiva, a obrigação de indenizar nasce de dano causado à vítima por fato ocorrido no curso natural de uma determinada atividade. Há riscos que acompanham algumas atividades. Um exemplo em que no direito brasileiro não paira dúvida há décadas é a responsabilidade do transportador pelos danos causados ao passageiro, ainda que a culpa pelo acidente seja de terceiro.⁵ Os acidentes de trânsito são fatos inerentes ao transporte. A culpa pode ser do transportador ou de terceiro. Quando se trata de transporte de pessoas, prevalece o direito à incolumidade do passageiro, imputando-se objetivamente ao transportador a responsabilidade pelos danos que ele sofrer. Não importa que a culpa seja exclusiva de terceiro, porque o acidente é sempre um fato possível na circulação de veículos. O elemento fortuito está intrinsecamente ligado à atividade desenvolvida, constituindo um fato a ser internalizado pelo transportador como risco do negócio.

Na concessão de estradas a situação é semelhante. O concessionário prepara a rodovia com pistas bem construídas e sinalizadas, deixando-a em condições ideais de rodagem. A segurança do trânsito, porém, não depende apenas disso. Fatores aleatórios, como a presença inesperada de um animal na pista, podem causar um acidente. Os animais podem pertencer a um terceiro ou andar livres na natureza, mas o concessionário tem o dever de evitar que eles tenham acesso à pista. Para dar segurança ao tráfego, as margens das rodovias constituem uma faixa de domínio, na qual o concessionário deve construir obstáculos que impeçam tal acesso. O risco de que o acesso ocorra, apesar das providências tomadas, é dele, empreendedor.

Já é antiga a lição doutrinária que explica a imputação objetiva da responsabilidade nesses casos. Ela se deve a Agostinho Alvim.⁶ Segundo Alvim,

⁵ Nesse sentido, o art. 745, do Código Civil, que repete a Súmula 187, do STF.

⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

o fortuito pode ser interno ou externo. Fortuito externo é o que se liga à pessoa do responsável, mesmo que ele não tenha agido culposamente. Se o fato danoso está ligado à organização dos elementos próprios à sua atividade, a obrigação de indenizar ser-lhe-á imputada. A eventualidade do dano é inerente ao risco assumido e o caso fortuito interno está nele compreendido. Conforme a lição de Alvim, portanto, o controle dos fatores internos de risco cabe a quem tem o comando da organização e, neste caso, o caso fortuito propriamente dito ou caso fortuito interno não pode ser reconhecido como excludente.

O conceito de fortuito interno está incorporado à jurisprudência pacífica do STJ, como se vê no enunciado da Súmula 497: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A longa trajetória da responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro começa com a jurisprudência construída ao arripio das regras subjetivistas do Código Civil de 1916. Esse percurso incluiu, inicialmente, a presunção de culpa, para em seguida abandonar definitivamente o elemento subjetivo em casos justificáveis. Ao tempo em que a culpa era o elemento central da responsabilidade civil, as excludentes do caso fortuito e da força maior configuravam fatores estranhos à conduta do autor do dano, isentando-o da obrigação de indenizar, malgrado o prejuízo da vítima.

Com o advento da responsabilidade civil objetiva, pela primeira vez sistematizada (não obstante leis esparsas precedentes) no Código de Defesa do Consumidor, caso fortuito e força maior devem ser relidos à luz dos novos conceitos. Se é verdade que, com o afastamento da culpa ganhou importância o nexos causal, também é verdadeiro que a imputação (ou a razão jurídica para a atribuição de uma responsabilidade a alguém)⁷ deve ser levada em consideração,

⁷ Nexos causal e nexos de imputação não se confundem, conforme o esclarecedor exemplo de Fernando Noronha: “(...) se alguém deixa o seu automóvel estacionado numa rua de grande cidade, não trancado e com a chave na ignição, ele certamente vai ser responsável pelos prejuízos a terceiros que sejam resultantes de acidente causado pelo ladrão. que eventualmente se apossa do veículo: a conduta culposa do proprietário, que tinha a obrigação de prever a possibilidade de furto, é o nexos de imputação da responsabilidade, enquanto é ao nexos de causalidade que cabe determinar que danos podem ser considerados consequência adequada daquela conduta”. Outro exemplo citado por Fernando Noronha é a responsabilidade do transportador por danos sofridos pelo passageiro, ainda que a culpa seja de motorista de outro veículo, conforme citado acima neste texto (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 477). Igualmente

de modo a apurar se a causa do dano deve ou não ser incluída na faixa de risco compreendida na atividade em cujo desenvolvimento o fato danoso ocorreu.

O risco assumido na concessão de uma rodovia compreende todos os fatores de segurança no trânsito, inclusive os fortuitos, isso porque (a) um dos requisitos dos serviços públicos, a teor do art. 22, do CDC, é que sejam *seguros*, e (b) porque fatores aleatórios como a presença de animais na pista são imputáveis ao concessionário, em nome da legítima expectativa de segurança do usuário ou consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag Rg no Agravo em Recurso Especial n. 342.496-SP. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 11/02/2014.

CAZZANIGA, Gláucia Aparecida Ferraroli. Responsabilidade dos órgãos públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Direito do Consumidor*, vol. 11, jul.-set. 1994, p. 144-160.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* (comentários ao art. 22). 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Direito do Consumidor*, vol 1, jan.-mar. 1992, p. 130-148.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 65, jan.-mar. 2008, p. 226-252.

Jorge Cesa Ferreira da Silva afirma que o nexo de imputação constitui requisito da obrigação de indenizar distinto do nexo causal: “No suporte fático do dever de indenizar colocam-se, lado a lado, causalidade e imputação, não se confundindo, ainda que atuem sobre uma mesma cadeia de fatos (...)”. Completa dizendo que, enquanto a causalidade compreende a relação entre um fato e a sua causa, a imputação “decorre de uma dada *razão jurídica*, que pode ser a culpa do causador, ou o risco por ele produzido, ou uma garantia” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 178; grifo do original).

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODYCZ, Wilson Carlos. A responsabilidade das empresas privadas por danos causados na prestação de serviços públicos delegados. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 45, jan.-mar. 2003, p. 192-227.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
439.263-SP (2013/0380084-8)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Agravante: Associação de Produtores Orgânicos e outros
Advogados: Arnaldo Faria da Silva e outro(s)
Heroldes Bahr Neto e outro(s)
Agravado: Banco Bradesco S/A
Advogados: André Luís Fulan e outro(s)
Monica Denise Carli e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Cerceamento de defesa. Súmula n. 7-STJ. Incidência do CDC. Súmula n. 83-STJ. Capitalização mensal dos juros. Razões dissociadas dos fundamentos do acórdão recorrido. Súmula n. 284-STF. Continência de ações. Inovação recursal.

1. Não há cerceamento de defesa na hipótese em que ocorre julgamento sem a produção de prova pericial, quando o Tribunal de origem considerar substancialmente instruído o feito e reconhecer que existem provas suficientes para a formação do seu convencimento. A revisão do entendimento atrai a incidência da Súmula n. 7-STJ.

2. O CDC não se aplica aos casos em que não estiver configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo, no entanto, ser flexibilizada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica.

3. A não impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida enseja a aplicação da Súmula n. 284 do STF.

4. As inovações recursais trazidas nas razões do regimental não comportam análise, tendo em vista a ocorrência da preclusão consumativa.

5. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 27 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto por *Associação de Produtores Orgânicos e outros* contra decisão que negou provimento a agravo em razão da incidência das Súmulas n. 7 e 83 do STJ e 284 do STF.

Alegam os agravantes que, além de não serem aplicáveis ao caso as referidas súmulas, o recurso especial atendeu aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual requerem o seu processamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O presente recurso não merece prosperar.

No que tange ao cerceamento de defesa, sustentam os agravantes que não se trata de reexame do conjunto fático-probatório dos autos, tendo em vista que as razões do acórdão, no tocante aos juros remuneratórios e à capitalização mensal dos juros, seriam meras suposições do órgão julgador, pois, além de os contratos e extratos não estarem nos autos, não foi concedida oportunidade para a produção das provas periciais.

A decisão de primeiro grau concluiu que a produção de provas postulada pelos agravantes referia-se aos encargos do contrato de conta-corrente, e não ao

contrato de cédula de crédito bancário em questão, razão pela qual, considerando tratar-se de matéria estritamente de direito, entendeu ser desnecessária a dilação probatória.

Assim, tendo o julgador, destinatário das provas e documentos contidos nos autos, entendido que a questão referente aos encargos previstos no contrato de cédula de crédito bancário dispensa dilação probatória, não cabe a esta Corte rever tal entendimento, pois, para aferir eventual equívoco cometido nas instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que atrai o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

Quanto à incidência do CDC no contrato em apreço, os agravantes aduzem que, se as disposições consumeristas só incidirem nas situações em que a aderente for destinatária final, então nenhuma empresa estaria protegida. Ademais, sustentam que qualquer pessoa, mesmo que não seja consumidora direta do produto ou serviço, está sujeita aos termos do CDC por equiparação jurídica.

Como foi dito na decisão anterior, a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é a de que, apesar de ser plenamente possível a aplicação das disposições do CDC a pessoas jurídicas, deve ser verificada a relação de consumo ou hipossuficiência técnica, o que, conforme conclusões do acórdão, não foi demonstrada no presente caso. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Embargos à execução em cédula de crédito bancário. Decisão monocrática que negou provimento ao agravo, mantendo hígida a decisão de inadmissibilidade do recurso especial. Irresignação da executada.

1. Expediente manejado com nítido e exclusivo intuito infringencial. Recebimento do reclamo como agravo regimental.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica.

O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfrentamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da Súmula n. 7-STJ. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido. (EDcl no AREsp n. 265.845-SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 1º.8.2013.)

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Teoria finalista. Destinatário final. Não enquadramento. Vulnerabilidade. Ausência. Reexame de fatos e provas. Recurso especial. Súmula n. 7-STJ.

[...]

2. Consoante jurisprudência desta Corte, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva).

3. Esta Corte tem mitigado a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica.

4. Tendo o Tribunal de origem assentado que a parte agravante não é destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente, é inviável a pretensão deduzida no apelo especial, uma vez que demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que se sabe vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7 desta Corte.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl no Ag n. 1.371.143-PR, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 17.4.2013.)

Caso, pois, de manutenção da aplicação da Súmula n. 83-STJ.

Acerca da capitalização mensal dos juros, defendem os agravantes que sua autorização em virtude da tão só aplicação do art. 28 do Código Civil não deve prevalecer por violar frontalmente o art. 591 do mesmo diploma, o qual, segundo aduzem, proíbe tal cobrança.

Contudo, verifica-se que o entendimento do Tribunal acerca da matéria não se baseou na aplicação de tal norma do código civilista, mas em lei específica que rege o contrato de cédula de crédito bancário, a qual autoriza a cobrança de juros capitalizados mensalmente.

Como a parte apresentou razões dissociadas do que foi decidido pela Corte de origem, incide neste ponto, por analogia, o óbice da Súmula n. 284-STF, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Por fim, no que tange à prestação de contas e à aplicação da Súmula n. 284-STF em razão da ausência de indicação de dispositivo de lei federal ou de

demonstração do dissídio jurisprudencial, os agravantes mencionam dispositivos não indicados no recurso especial.

Esclareça-se que o agravo regimental não é meio adequado para correção de eventual equívoco cometido em recurso anteriormente interposto. Ademais, nele, não se admite inovação recursal.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Heloisa Carpena¹

Trata-se de agravo regimental interposto por ASSOCIAÇÃO DE PRODUTORES ORGÂNICOS E OUTROS contra decisão que negou provimento a agravo em razão da incidência das Súmulas n. 7 e 83 do STJ e 284 do STF. Em embargos à execução, a agravante se insurgira contra capitalização mensal de juros, aplicada em contrato de cédula de crédito bancário celebrado com o BANCO BRADESCO S/A. No tribunal local, o apelo havia sido desprovido sob fundamento de estar “ausente relação de consumo”, pois a associação não seria destinatária final do serviço. A cobrança da capitalização em periodicidade inferior à anual é permitida nos pactos celebrados após 31/3/00, desde que expressamente pactuada. Logo, o reconhecimento da incidência do CDC conduziria à solução oposta da controvérsia, com fincas na abusividade da cláusula.

A associação sustentou a aplicabilidade do CDC “em favor de qualquer pessoa, mesmo que não seja consumidora direta do produto ou serviço, por equiparação jurídica”, como fundamento suficiente para a admissibilidade do recurso especial. A decisão ora comentada invocou precedentes para concluir que a jurisprudência da Corte adota a teoria finalista ou subjetiva, afastando a aplicação da lei consumerista quando o produto ou serviço tem por fim “a implementação de atividade econômica”, pois neste caso não estaria configurado o destinatário final do conceito legal (art. 2º, *caput*). No julgamento do agravo (AREsp 439263), o eminente relator ressaltara que o STJ tem aplicado a

¹ Doutora em Direito Civil (UERJ), Professora da PUC-Rio, Procuradora de Justiça no Rio de Janeiro.

teoria mitigada, admitindo a incidência do CDC quando “ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica”².

Além dos temas de natureza processual veiculados no recurso, como cerceamento de defesa e outros relativos à própria admissibilidade, a questão de fundo versa sobre o conceito de consumidor, pressuposto da aplicação do CDC às pessoas jurídicas, tema há muito debatido na Corte, de cuja jurisprudência a r. decisão comentada não se afastou, como veremos a seguir.

Embora num primeiro momento não se falasse nem mesmo em doutrina sobre a mitigação do finalismo, desde o “leading case” julgado em 1999 pela 3ª Turma, a jurisprudência do Tribunal tem se orientado firmemente no sentido da aplicação amplificada das normas do CDC. Naquele caso, um agricultor adquiriu para sua lavoura de arroz sequeiro, 22 toneladas de adubo, cujo vício de qualidade pode constatar através de teste do produto, por ele mesmo realizado. A decisão aplicou o CDC, com uma advertência sobre a necessária cautela para “evitar que o sistema sirva de anteparo para outros tipos de relações jurídicas que não devem estar sob o alcance das regras de proteção criadas pelo Código”³. A interpretação do art. 2º. do Código adotada pelo órgão julgador partiu de um conceito econômico de consumidor, pois concluiu que o adubo “foi consumido pelo agricultor, não sendo matéria prima destinada a outro consumidor, não há beneficiamento do adubo para revenda”. O finalismo “puro” teria conduzido à conclusão diversa.

A inclusão na lei da pessoa jurídica consumidora criou para os intérpretes um problema que dividiu a doutrina em duas correntes, na busca do critério para resolvê-lo coerente e sistematicamente. Segundo os maximalistas, para que esteja caracterizada a relação de consumo, basta que o bem não seja renegociado e reintroduzido no mercado, ou o serviço não constitua etapa do fornecimento de outro serviço ou produto. Os finalistas, por outro lado, preconizam a interpretação restritiva, que considere consumidor apenas o destinatário final fático e econômico do bem ou serviço⁴. Há, portanto, consenso quanto à

² EDcl no Ag n.1.371.143/PR, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 17/4/2013; REsp n. 1.297.956/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 27/2/2013.

³ Recurso Especial n. 208.793. Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito. julg. 18/11/99. DJ 1/8/00.

⁴ Esta corrente tem maior prestígio e foi capitaneada por Cláudia Lima Marques, que assim sintetiza sua posição: “O conceito de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial (...) convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Proponho então, que se interprete a expressão ‘destinatário final’ do art. 2º. de maneira restrita, como destinatário final fático e

exclusão do intermediário do campo de aplicação da lei. Assim, por exemplo, o pequeno comerciante que adquire para revenda, não poderia invocar a proteção da lei especial. Isto se deve, vale insistir, à adoção de um conceito de natureza econômica, qual seja, consumidor é aquele sujeito que retira definitivamente do mercado o produto ou serviço, cujo ciclo econômico se esgota com ele. Foi esse o raciocínio empregado no caso do adubo e em outros exemplos que se colhem da jurisprudência da Corte⁵. Todavia, não nos parece rigorosamente correto que a interpretação da expressão “destinatário final” seja pautada pela ótica puramente econômica, que não soluciona de forma satisfatória o problema.

No mesmo diapasão, alguns autores procuraram inspiração no direito comercial para resolver a questão, excluindo do âmbito de aplicação da lei todas as relações tendo por objeto bens e serviços indispensáveis à atividade fim do empresário ou adquiridos para integrar o fundo de comércio, qualificados como insumo⁶. Tais teses não tiveram acolhida, seja por introduzirem no conceito de relação de consumo elementos a ela estranhos, como por definirem o consumidor pelo objeto e não pela pessoa, distanciando-se da *ratio legis*.

Abandonando, portanto, a perspectiva econômica, a interpretação técnica e jurídica do art. 2º. do CDC deve considerar o fundamento constitucional do direito do consumidor brasileiro. Da perspectiva constitucional, a proteção do consumidor “é direito de proteção ao vulnerável (...) o fundamento que o concilia com o direito à igualdade, concebido este no seu significado de igualdade substancial”⁷. Direito subjetivo público e princípio da ordem econômica, conforme disposto no art. 5º. XXXII e art. 170 V da Constituição Federal, o direito do consumidor trata da dimensão econômica da pessoa humana. O homem consumidor, o homem inserido no mercado, o homem ator da cena

econômico, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º. e 6º.” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 311).

⁵ Há referências a um “consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo”. (REsp 660026/RJ, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 03/05/2005, DJ 27/06/2005, p. 409)

⁶ Fábio Ulhoa Coelho. *A compra e venda, os empresários e o Código do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. n.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro/dezembro 1992, p. 40. Marcos Maselli Gouvêa. *O conceito de consumidor e a questão da empresa como “destinatário final”*. Revista do Consumidor, n. 23-24, julho/dezembro 1997, p. 187-192.

⁷ Bruno Miragem. *O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito*. Revista do Consumidor, n. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro 2002, p. 132.

econômica, aliás, seu principal ator. Na nova ordem constitucional, o princípio fundamental do ordenamento irradia para todos os ramos do direito o primado da dignidade dessa pessoa. Da solidariedade e da igualdade constitucionais, como subprincípio enunciado expressamente pelo CDC em seu art. 4º.⁸, surgiu o princípio da vulnerabilidade. Cerne do conceito de consumidor, consagra a igualdade substancial e delimita o âmbito de aplicação da lei⁹. Este princípio constitui “a viga mestra do Direito do Consumidor”¹⁰, é expressão da isonomia constitucional, e assume o papel de vetor da aplicação das normas do Código, indicando o conteúdo do conceito jurídico de consumidor.

Vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência, impondo-se a distinção entre os dois termos não por preciosismo, mas por possuírem conceitos distintos, com significados próprios na disciplina consumerista. Hipossuficiência é conceito de natureza processual, requisito exigido pela lei para que o julgador possa determinar a inversão do ônus da prova, conforme dispõe o art. 6º. VIII do CDC. Portanto, hipossuficiente é o consumidor quando se depara com grave obstáculo à obtenção da prova do fato constitutivo de seu direito¹¹. Todo consumidor é vulnerável, mas nem todo vulnerável será hipossuficiente.

Vulnerável é o sujeito que se submete ao poder do outro, aquele que é parte em uma relação desigual. A vulnerabilidade é um estado de fato e, como tal, se manifesta em vários aspectos: a) técnico; b) jurídico; c) econômico¹². Os três aspectos frequentemente coincidem, porém basta que apenas um deles esteja presente para que o julgador possa concluir que a pessoa é consumidora, nos termos da lei. O reconhecimento do estado de fato no qual se encontra o consumidor justifica o caráter protecionista do CDC e, conseqüentemente, legitima a aplicação de suas normas. Com efeito, sua incidência para a solução

⁸ Segundo Eros Grau, trata-se de norma objetivo, que consagra a interpretação teleológica das normas do CDC. *Interpretando o Código de Defesa do Consumidor – algumas notas*. Revista do Consumidor, n. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março 1993, p. 183-189.

⁹ *Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v. 19, jul/set 2004, p. 29-48.

¹⁰ A expressão é de Maria Antonieta Zanardo Donato, em obra pioneira sobre o tema. *Proteção ao consumidor – conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 108.

¹¹ Carlos Roberto Barbosa Moreira. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, v. 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/junho 1997, p. 135-149. *Inversão do ônus da prova e defesa do consumidor (considerações adicionais)*. Revista Forense, v. 351, p. 581-584).

¹² Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.269.

de conflito em que nenhuma das partes é vulnerável violaria o princípio da igualdade e seria, sem dúvida, inconstitucional.

A situação de vulnerabilidade do consumidor pessoa física é presumida pela lei, enquanto a da pessoa jurídica deve ser demonstrada e será aferida casuisticamente. Assim, embora o CDC tenha adotado um conceito econômico de consumidor, não basta a retirada do bem do mercado, com o encerramento de seu ciclo econômico, para precisar quem seja o consumidor. A “destinação final” puramente fática é insuficiente para determinar a existência da relação de consumo tutelada pela lei.

Numa tentativa de sistematizar a questão, afirmamos que a pessoa jurídica pode ser consumidora em apenas três situações: (1) quando adquire ou utiliza bens e serviços para revenda, dentro de sua atividade fim; (2) quando adquire ou utiliza bens e serviços para transformação ou incorporação no processo produtivo de outro bem ou serviço; (3) quando adquire ou utiliza bens e serviços para consumo próprio, relacionados apenas indiretamente a sua atividade fim. A jurisprudência do STJ, embora firme na adoção do finalismo, tem se mostrado vacilante na fixação de critérios interpretativos para solução desses casos. Sobre a primeira hipótese, como dito, há consenso de que são relações paritárias, não sujeitas, portanto, à disciplina consumerista. Quanto às demais, ainda não se encontram linhas interpretativas definidas na Corte.

Tome-se como exemplo os serviços bancários, tema do aresto ora analisado. Em um dos precedentes por ela invocado, a 4ª. Turma afastara a incidência do CDC “no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica”, tratando-se de execução de cédula de crédito bancário, ajuizada por empresa de engenharia¹³. Por decisão mais recente, em sentido oposto, a 3ª. Turma admitiu a aplicação da lei em caso de mútuo concedido pelo BNDES à pequena empresa gráfica “para aquisição de máquinas para o efetivo desempenho da atividade produtiva e de subsistência”, reconhecendo sua vulnerabilidade econômica¹⁴. A divergência é emblemática porque, a se admitir o critério exclusivo da destinação, jamais seria aplicada a legislação de proteção ao consumidor aos contratos bancários celebrados com pessoa jurídica porque,

¹³ EDcl no AREsp 265.845/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013

¹⁴ AgRg no AREsp 626.223/RN, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 08/09/2015, DJe 15/09/2015.

como é natural, todos os recursos financeiros que circulam na empresa, de algum modo, relacionam-se à sua atividade fim.

Idêntica situação ocorre com os serviços essenciais, frequentemente prestados em regime de monopólio, circunstância que por si só evidencia a vulnerabilidade econômica. Em aresto recente, a 3ª. Turma afastou a incidência do CDC em recurso interposto pela Telefônica Brasil S.A., que propôs ação de cobrança de multa contratual contra microempresa, em razão do descumprimento da cláusula de exclusividade¹⁵. Vale destacar que, embora faça referência à vulnerabilidade, a decisão consigna que “só pode ser considerado consumidor aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo”.

Quanto aos critérios preponderantes para determinar o conceito de consumidor, ainda em decisões recentes, identificam-se sinais contrapostos. No julgamento de ação indenizatória proposta por comerciante em caso de vício contido em veículo adquirido como usado, a 4ª. Turma aplicou o CDC sob fundamento de que “o comerciante que não usa o bem na revenda atua como destinatário final”¹⁶. Em outra, quanto a contrato firmado entre empregador e operadora de plano de saúde, cujos beneficiários eram os empregados, foi negada aplicação das regras consumeristas relativas à interpretação de cláusula, em razão da falta de comprovação da “hipossuficiência na relação entre as empresas contratantes”¹⁷.

Vale notar, finalmente, que o entendimento consagrado no v. 7 da Súmula do Tribunal não impede que seja procedida a análise das circunstâncias que apontam para a vulnerabilidade da parte que invoca a condição de consumidora.

Embora o v. acórdão ora analisado tenha enfrentado a questão da incidência do CDC à luz da vulnerabilidade daquele que invoca a condição de consumidor, ainda que se referindo equivocadamente à hipossuficiência, negou a aplicação das normas consumeristas por entender não ser possível rever a conclusão do tribunal local neste ponto, diante do óbice do v. 7 da Súmula.

¹⁵ REsp 1203109/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 11/05/2015

¹⁶ AgRg no AREsp 415.244/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015. No mesmo sentido: REsp 1080719/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 17/08/2009.

¹⁷ AgRg no AREsp 614.673/ES, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015

Ousamos discordar desta conclusão, pois, mesmo sem o exame de matéria de fato, é evidente a vulnerabilidade, tanto econômica quanto técnica, da associação civil que se qualifica como consumidora do serviço de concessão de crédito prestado pelo Banco. Como já destacado, a adoção do critério da finalidade do serviço adquirido para caracterizar o consumidor excluirá definitivamente do âmbito de proteção da lei especial as pessoas jurídicas que celebrem contratos de crédito bancário, pois todos os recursos financeiros aportados serão, direta ou indiretamente, utilizados em sua atividade fim. Em que pese a decisão ter expressamente se filiado à teoria finalista, afastou-se da interpretação sistemática e teleológica do conceito de consumidor. Seus fundamentos, ademais, não se coadunam com o sistema de proteção que estendeu às pessoas jurídicas o campo de incidência do CDC, nem com precedentes do STF que consagram a sua aplicação aos serviços bancários (Adin 2.591). Da análise da r. decisão, considerando o panorama da jurisprudência da Corte, podemos concluir que:

- (i) O campo de incidência do CDC é delimitado pelo conceito de consumidor;
- (ii) A aplicação da teoria finalista, mitigada ou aprofundada, não deve conduzir o intérprete a adotar o critério da finalidade para caracterizar o consumidor, que é a pessoa e não o objeto da relação jurídica;
- (iii) A interpretação teleológica, determinada pelo art. 4º. do CDC, impõe a apreciação da vulnerabilidade em pelo menos um de seus aspectos, a qual, embora presumida para as pessoas físicas, deve ser demonstrada pela pessoa jurídica que se apresenta como consumidora;
- (iv) O julgamento sobre a vulnerabilidade não envolve o reexame de matéria de fato e pode ser procedido em sede especial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 208.793. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 3a. Turma, julg. 18/11/99. DJ 1/8/00;.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 660026/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4a. Turma, julg. 03/05/2005, DJ 27/06/2005;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 1080719/MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3a. Turma, julg. 10/02/2009, DJe 17/08/2009;

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no Ag n.1.371.143/PR; Rel. Min.. Raul Araújo, 4a. Turma, DJe de 17/4/2013;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.297.956/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3a. Turma, DJe de 27/2/2013;

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AREsp 265.845/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4a. Turma, julg. 18/06/2013, DJe 01/08/2013;

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 626.223/RN, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3a. Turma, julg. 08/09/2015, DJe 15/09/2015;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 1203109/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3a. Turma, julg. 05/05/2015, DJe 11/05/2015;

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 415.244/SC, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4a. Turma, julg. 07/05/2015, DJe 19/05/2015;

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 614.673/ES, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3a. Turma, julg. 21/05/2015, DJe 29/05/2015;

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, v. 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/junho 1997, p. 135-149.

CARPENA, Heloisa. *Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v. 19, jul/set 2004, p. 29-48.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A compra e venda, os empresários e o Código do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. n.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro/dezembro 1992, p. 36-43.

GRAU, Eros Roberto. *Interpretando o Código de Defesa do Consumidor – algumas notas*. Revista do Consumidor, n. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março 1993, p. 183-189.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRAGEM, Bruno. *O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito*. Revista do Consumidor, n. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março 2002, p. 111-132.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
471.670-SP (2014/0023951-4)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Agravante: Micro Química Industria e Comercio Ltda
Advogado: Antônio Geraldo Conte e outro(s)
Agravante: Wladmir Pastore
Agravante: Hellmuth Arthur Gustavo Adolpho Hecht
Advogado: Erika Hayashi e outro(s)
Agravado: Itaú Unibanco S/A
Advogado: Marcos Zuquim e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Necessidade de provas. Faculdade conferida ao livre convencimento do juiz. Súmula n. 83-STJ. Súmula n. 7-STJ. Aplicação do CDC. Impossibilidade. Valores disponibilizados para a utilização do produto ou serviço contratado para implementação de atividade econômica. Recurso desprovido.

1. Não há cerceamento de defesa quando o Tribunal de origem julga o feito, entendendo substancialmente instruído o feito e declarando a existência de provas suficientes para seu convencimento.

2. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

3. O Código de Defesa do Consumidor não se aplica ao caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo.

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal

de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto por *Micro Química Indústria e Comércio Ltda. e outros* contra decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial pelas seguintes razões:

- a) aplicação da Súmula n. 7-STJ quanto ao alegado cerceamento de defesa;
- e
- b) ausência de interesse recursal no que tange à revisão de cláusulas contratuais.

Em suas razões, alega a parte agravante que o julgamento antecipado da ação, sem produção de prova pericial, configura hipótese de cerceamento de defesa.

Aduz que, caracterizada a relação de consumo, há previsão legal para que seja autorizada a revisão judicial dos contratos.

Sustenta a possibilidade de aplicação do CDC ao caso.

Pleiteia a reforma da decisão agravada.

Itaú Unibanco S/A apresentou impugnação ao agravo regimental (e-STJ, fls. 327-329).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O recurso não merece prosperar.

O Tribunal estadual afastou a arguição de cerceamento de defesa porquanto a prova documental constante nos autos mostrou-se suficiente para seu convencimento.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o de que a aferição da necessidade ou não de realização de provas é faculdade conferida ao livre convencimento do juiz, que, diante dos fatos da causa, decide a respeito. Dessa forma, não há cerceamento de defesa quando o Tribunal declarar a existência de provas suficientes para seu convencimento. A respeito do tema, vejam-se os seguintes precedentes: Segunda Turma, AgRg no AREsp n. 295.472-RS, relator Ministro Castro Meira, DJe de 28.5.2013; Terceira Turma, AgRg no AREsp n. 162.923-SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 29.4.2013; e Quarta Turma, AgRg no AREsp n. 298.412-AP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 18.4.2013.

Assim, para se chegar a entendimento contrário ao do Tribunal de origem, impõe-se o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência inviável em face do óbice da Súmula n. 7-STJ.

Quanto à possibilidade de aplicação do CDC, o acórdão recorrido julgou em consonância com a jurisprudência desta Corte de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica ao caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica. Incide, pois, a Súmula n. 83-STJ. A propósito, vejam-se os seguintes precedentes: EDcl no AREsp n. 265.845-SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 1º.8.2013; e REsp n. 1.196.951-PI, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 9.4.2012.

Ademais, no tocante à possibilidade de revisão das cláusulas contratuais em face de sua abusividade, verifica-se que o Tribunal *a quo* recorrido atendeu à pretensão recursal da recorrente, conforme demonstra este trecho do acórdão recorrido:

Em face do exposto, voto pelo provimento parcial do apelo para substituir a capitalização mensal dos juros pela anual e excluir a comissão de permanência, com repartição igualitária da condenação sucumbencial, arcando cada uma das partes com os honorários dos seus respectivos advogados. O débito deverá ser apurado em liquidação compensando-se eventuais valores pagos em excesso com o saldo devedor (e-STJ, fl. 209).

Desse modo, carece a recorrente de interesse porquanto já atendida a sua pretensão.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Larissa Maria de Moraes Leal¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

In casu, as partes agravantes interpuseram Agravo Regimental - julgado em 1º de abril de 2014 -, em face de decisão Monocrática proferida em Agravo que desafiou a decisão dada no Recurso Especial 471.670-SP.

Ambos os Agravos tiveram por fundamento três alegações centrais:

- a- Insurgência contra o julgamento antecipado da ação, na instância originária, sem que as partes autoras, também agravantes, pudessem apresentar prova documental – perícia contábil. Para tanto, alegaram cerceamento do direito de defesa.
- b- Pedido para que os documentos levados aos autos fossem reexaminados no Superior de Tribunal de Justiça. Esse pedido é consequente a requerimento anterior de reexame documental, porque os Autores requereram revisão das cláusulas constantes do contrato que firmaram com a entidade bancária agravada.
- c- Os agravantes, como ponto central da controvérsia, sustentam e requerem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação contratual levada a Juízo, com alegações próprias de uma interpretação do conceito de consumidor à luz da corrente maximalista. No entendimento dos recorrentes, caberia a aplicação do CDC ao contrato de financiamento discutido em Juízo, ainda que não sejam eles destinatários fáticos e econômicos na relação comercial referida. Para tanto, alegam que contrataram em situação de vulnerabilidade.

A pretensão recursal dos Agravantes, que reitera argumentos trazidos desde a interposição do Recurso Especial aventado (RESP 471.670-SP), não encontrou êxito quer no Recurso Especial, quer no Agravo interposto ao Recurso Especial ou no Agravo Regimental ora em comento.

¹ Doutora em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco, Professora Adjunta de Direito Civil e Direito do Consumidor na Faculdade de Direito do Recife-UFPE, Vice-Presidente da ADECCON – Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor, Advogada.

A Terceira Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento aos recursos acima referidos, ratificando a aplicação das Súmulas 07 e 83 e reiterando o entendimento de que “*de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica ao caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica*”².

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Nenhuma das alegações dos agravantes logrou êxito. A primeira alegação, a de cerceamento do direito de defesa, soçobrou diante da confirmação de que “*aferição da necessidade ou não de realização de provas é faculdade conferida ao livre convencimento do juiz*”.

O Superior Tribunal de Justiça reiterou não haver qualquer prejuízo ao direito de defesa quando o Tribunal de origem, ao julgar o feito, faz a opção pelo julgamento antecipado, entendendo que a prova documental carreada aos autos já promoveu instrução substancial do feito e fundamentou o entendimento – que deve ser declarado – de existência de provas suficientes ao seu convencimento.

Não sendo reconhecido aos agravantes o direito à dilação probatória, apresentando ou requerendo novas provas para instruir o processo, o provimento do Recurso ficou inviabilizado. Para que se pudesse chegar a entendimento diverso ao do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, seria necessário reexaminar o contexto fático-probatório constante dos autos, o que se tem considerado inviável há mais de duas décadas. O STJ tem entendimento firmado e sumulado (Súmula 07, publicada em 03 de julho de 1990) que determina a impossibilidade do reexame de provas inquinado no caso: “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial*”.

Aplicada a Súmula 07, a controvérsia apresentada pelos agravantes, desde a interposição do Recurso Especial, evidenciou-se insuficiente para lastrear toda a jornada recursal empreendida no STJ, porque os recorrentes apresentaram divergência entre o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e outros Tribunais, quanto ao cerceamento do direito de defesa, sendo, todavia, o entendimento do TJSP alinhado com a orientação do Superior Tribunal de Justiça. Foi, então, aplicada ao caso a Súmula 83, de 02 de julho de 1993: “*Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da Decisão Recorrida*”.

² Vide AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 471.670 - SP (2014/0023951-4).

A terceira alegação dos Recorrentes, sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato que realizaram, foi também repelida. Entendeu o STJ que o contrato de financiamento objeto da querela não seria negócio jurídico de natureza consumerista. Essa afirmação constante do julgado nos remete à discussão acerca do conceito de consumidor padrão constante do artigo 2º do CDC, e sua interpretação, e dos demais conceitos de consumidor, estes por equiparação, constantes também do Código.

O CDC conhece os consumidores *stricto sensu*, assim definidos em seu artigo 2º, como também os *consumidores-equiparados*, que, igualmente, mereceram a proteção especial. Os primeiros, os *consumidores finais*, retiram do mercado o produto adquirido ou por si utilizado, encerrando a cadeia de produção. Assim, não podem ser confundidos com as pessoas, físicas ou jurídicas, que utilizam o produto para continuar a produzir, transformando-o para oferecê-lo novamente aos seus clientes, seus próprios consumidores. Essa é a perspectiva da corrente doutrinária finalista quanto ao campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor³.

Por reconhecer que não apenas o conceito padrão de consumidor não seria suficiente para garantir a proteção aos consumidores e a aplicação do CDC a todas as situações derivadas de possíveis violações das suas normas, o legislador consumerista alargou esse conceito padrão. Foram introduzidos no Código, em outros três ambientes – parágrafo único do art. 2º, art. 17 e art. 29, os conceitos de consumidor por equiparação⁴.

São equiparadas a consumidor todas as pessoas que sejam atingidas pelo desrespeito, pelo descumprimento, por parte do fornecedor de produtos ou serviços, das normas do CDC. As hipóteses de equiparação servem para reconhecer que os direitos dos consumidores são garantidos também, e especialmente, no campo difuso e coletivo, para proteger todas as pessoas vitimadas por acidente provocado por produto ou serviço fornecido no mercado de consumo, ainda que não tenham participado da relação de consumo e para estender a tutela consumerista a todas as pessoas expostas às práticas comerciais praticadas pelos fornecedores, desde a oferta até a realização dos contratos de consumo.

³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** – O novo Regime das Relações Contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 278-280.

⁴ ZANELLATO, Marco Antônio. Considerações sobre o Conceito Jurídico de Consumidor. Em **Revista de Direito do Consumidor**, n. 45, Ano 12, janeiro-março de 2003, p. 172.

Nenhum dos conceitos de consumidor constantes do CDC foi aplicado aos Recorrentes. No caso em tela, os agravantes pretendem uma interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos moldes da corrente maximalista, onde as normas do CDC são vistas como um novo regulamento do mercado de consumo nacional, sendo, sob este ótica, um Código geral aplicável à sociedade de consumo e não voltado à proteção dos consumidores não-profissionais. Para tanto, os maximalistas propõem uma interpretação extensiva, na maior medida possível, do artigo 2º do CDC⁵.

Depois de mais de duas décadas de interpretação e aplicação dos vários conceitos de consumidor constantes do CDC, mas, em especial, do conceito matriz disposto no *caput* do art. 2º, a experiência do Superior Tribunal de Justiça consolidou a perspectiva finalista.

Ainda que o finalismo tenha atenuado o seu entendimento inicial, evoluindo para a compreensão de que o CDC pode ser aplicado nos casos em que seja reconhecida a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu produto ou serviço que não sejam de sua esfera de especialidade⁶, não seria possível alargar o conceito de consumidor no caso em comento para proteger os agravantes a partir das normas do CDC.

Esse alargamento demasiado, certamente, iria concorrer para a refração da própria ideia de proteção do consumidor, pessoa considerada juridicamente vulnerável, por sua própria condição, perante os fornecedores. Na expressão de Cláudia Lima Marques, “se a todos considerarmos ‘consumidores’, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo CDC passaria a ser um direito comum, que não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual”⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A caracterização do consumidor não se dá apenas em razão do negócio jurídico de aquisição de produtos ou serviços. Para ser consumidor é preciso

⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74** – aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** – O novo Regime das Relações Contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 254.

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** – O novo Regime das Relações Contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 278.

que o adquirente não gere riqueza com a utilização do objeto de consumo, que apenas o adquira para atender às suas necessidades, sendo, de fato, o elo final da cadeia de consumo⁸. No presente caso, a aquisição do serviço deu-se para incrementar a atividade econômica praticada pelos Agravantes, sendo o serviço contratado, desse modo, verdadeiro insumo das atividades empresariais dos Recorrentes.

Ainda que o Tribunal de Justiça de São Paulo tenha declarado que houve abusividade por parte da instituição financeira e que tenha, inclusive, revisto cláusula contratual (substituindo a capitalização mensal dos juros pela anual e excluindo a comissão de permanência), não há nenhum elemento no trato negocial levado a Juízo que autorize considerar os Agravantes como consumidores.

E foi esse o entendimento do STJ, afastando a incidência do Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento de que “O Código de Defesa do Consumidor não se aplica ao caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 – aspectos materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo Regime das Relações Contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. A Proteção ao Consumidor como um Direito Fundamental. Em **Revista de Direito do Consumidor**, n. 58, Ano 15, abril-junho de 2006, pp. 75-97.
- ZANELATO, Marco Antônio. Considerações sobre o Conceito Jurídico de Consumidor. Em **Revista de Direito do Consumidor**, n. 45, Ano 12, janeiro-março de 2003, pp. 172-191.



⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. A Proteção ao Consumidor como um Direito Fundamental. Em **Revista de Direito do Consumidor**, n. 58, Ano 15, abril-junho de 2006, p. 83.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
626.223-RN (2014/0314007-4)**

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Agravante: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BNDES
Advogados: Leonardo Nunes Soares e outro(s)
Thécio Clay de Souza Amorim
Tiago Lezan Sant'anna e outro(s)
Agravado: José Antão do Nascimento Filho - microempresa
Advogado: Juscelino Fernandes de Castro
Interessado: Banco do Brasil S/A

EMENTA

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Contrato bancário. Consumidor. Teoria finalista. Empresa hipossuficiente. Destinação final. Ocorrência.

1. Existe relação de consumo nas hipóteses em que há destinação final do produto ou serviço. Precedentes.
2. Verificado o inexpressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora, cabível a aplicação do CDC.
3. *Agravo regimental desprovido.*

ACÓRDÃO

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

Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

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

Brasília (DF), 8 de setembro de 2015 (data de julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de agravo regimental interposto por *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social BNDES* em face de decisão que conheceu do agravo e negou seguimento ao recurso especial, cuja ementa está assim transcrita:

Agravo em recurso especial. Civil. Processual Civil. Contrato bancário. Multa moratória. Alegação de violação ao artigo 535 do CPC. Súmula n. 284-STF. Prequestionamento. Ausência. Súmula n. 356-STF. Agravo conhecido para, desde logo, negar seguimento ao recurso especial. (e-STJ, fl. 396)

Nas razões do regimental, o agravante alega que não é possível a aplicação do Código de Consumidor ao presente caso, tendo em vista que “o CDC não se aplica aos contratos de financiamento contemplados com recursos provenientes do sistema BNDES, em que os beneficiários não se subsumem ao conceito de consumidor, uma vez que os recursos captados possuem finalidades específicas, predeterminadas pelas normas de cada Programa ou Produto, mas sempre voltados ao desenvolvimento de atividade econômica” (e-STJ, fl. 409).

Pugna pela aplicação da multa moratória em 10% e pela inaplicabilidade do CDC ao presente caso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas, o agravo regimental não merece prosperar.

Em que pese o arazoado, entendo que a ausência de qualquer novo subsídio trazido pelo agravante, capaz de alterar os fundamentos da decisão ora agravada, faz subsistir incólume o entendimento nela firmado.

Portanto, não há falar em reparos na decisão, razão pela qual se reafirma o seu teor (e-STJ, fls. 396-402):

Inicialmente, apresenta-se deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC se faz de forma genérica, não havendo a demonstração clara dos pontos do acórdão que se apresentam omissos, contraditórios ou obscuros. Aplica-se, assim, o óbice da Súmula n. 284-STF. Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Civil e Processual. Ação de obrigação de fazer. Ausência de violação do art. 535 do CPC. Alegação genérica. Súmula n. 284-STF. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ. Inovação. Impossibilidade.

1. *O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicada por analogia.*

2. Rever questão decidida com base no exame das circunstâncias fáticas da causa esbarra no óbice da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. É inviável a análise de teses alegadas apenas nas razões do regimental por se tratar de evidente inovação recursal.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 578.636-RS, Terceira Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 10.3.2015, DJe 16.3.2015 - grifou-se)

Além do mais, no que se refere à violação aos arts. 104, 150, 393, 389 e 883, do CC, tem-se que ausente o prequestionamento, porquanto não apreciada pelo julgado recorrido, sequer discutidos em embargos de declaração, inviável o seu conhecimento nesta sede, nos termos das Súmulas n. 356-STF.

No mérito, tem-se que após longos anos de debate em torno do relevante tema dos contratos bancários, este Superior Tribunal de Justiça consolidou os seguintes entendimentos:

1. *Inscrição/manutenção do devedor em cadastro de inadimplentes:*

1.1 *Antecipação de tutela:* "a abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: a) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; b) ficar demonstrada que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; c) for depositada a parcela incontroversa ou prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz." (REsp n. 1.061.530-RS, submetido ao art. 543-C do CPC).

1.2 *Observância do que for decidido no mérito do processo:* a inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo (REsp n. 1.061.530-RS, submetido ao art. 543-C do CPC).

1.3 *Caracterização da mora:* caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção (REsp n. 1.061.530-RS, submetido ao art. 543-C do CPC).

2. *Revisão de contratos extintos:*



2.1 Possibilidade: a renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores (Súmula n. 286-STJ).

3. Revisão de ofício de cláusulas contratuais:

3.1 Impossibilidade: nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas (Súmula n. 381-STJ).

4. TAC/TEC, encargos similares e forma de cobrança do IOF:

4.1 Legalidade, salvo abusividade no caso concreto: “Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN n. 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.” Ressalva do ponto de vista deste relator. (Recurso Especial n. 1.251.331-RS, submetido o art. 543-C do CPC).

4.2 Ilegalidade após 30.4.2008: “Com a vigência da Resolução CMN n. 3.518/2007, em 30.4.2008, [...] não 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.” (Recurso Especial n. 1.251.331-RS, submetido o art. 543-C do CPC).

4.3 Legalidade da cobrança do IOF de forma diluída, sobre as parcelas do financiamento, salvo abusividade no caso concreto: 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 (Recurso Especial n. 1.251.331-RS, submetido o art. 543-C do CPC).

5. Correção Monetária:

5.1 Vinculação à TJLP: a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários (Súmula n. 288-STJ).

5.2 Vinculação à TBF: a Taxa Básica Financeira (TBF) não pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários (Súmula n. 287-STJ).

5.3 Vinculação à TR: a Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei n. 8.177/1991, desde que pactuada (Súmula n. 295-STJ).

6. Juros Compensatórios:

6.1 Ausência de juntada do contrato ou ausência de pactuação: não juntado o contrato ou ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada

pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente. (REsp n. 1.080.507-RJ e REsp n. 1.112.879-PR, submetido o art. 543-C do CPC).

6.2 Possibilidade de pactuação de taxa superior a 12% ao ano: a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade (Súmula n. 382-STJ).

6.3 Ausência de abusividade pela simples pactuação de taxa superior à média do mercado: a simples pactuação de taxa de juros remuneratórios superior à taxa média do mercado não denota, por si só, abusividade (voto condutor do REsp n. 1.061.530-RS, submetido ao art. 543-C do CPC).

6.4 Possibilidade, diante de eventual abusividade no caso concreto, de revisão da taxa de juros para a média do mercado: em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados. (REsp n. 1.112.879-PR, submetido o art. 543-C do CPC).

6.5 Possibilidade de cobrança no período de inadimplência os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado (Súmula n. 296-STJ).

7. Capitalização Mensal:

7.1 Admissibilidade após a MP n. 1.963-17/2000, desde que expressamente pactuada: “É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada (REsp n. 973.827, submetido ao art. 543-C do CPC).

7.2 Forma de pactuação 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” (REsp n. 973.827, submetido ao art. 543-C do CPC).

7.3 Não juntada do contrato ou não reconhecimento da pactuação da capitalização mensal: se não houver a juntada do contrato ou o Tribunal de origem não reconhecer, no acórdão recorrido, a pactuação expressa da capitalização mensal (o que compreende a pactuação de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal), é inviável a capitalização mensal dos juros e, nos termos das Súmulas n. 5 e n. 7-STJ, o conhecimento da alegação do recurso especial relativa à capitalização.

7.4 Capitalização anual: “Autoriza-se a incidência de capitalização anual dos juros nos contratos de cartão de crédito, na linha da jurisprudência da

Corte" (REsp n. 917.570-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe 4.8.2008).

8. Mora:

8.1 Não descaracterização pelo reconhecimento da abusividade de encargos do período de inadimplência ou pelo simples ajuizamento de ação revisional: não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual. (REsp n. 1.061.530, submetido ao art. 543-C do CPC).

8.2 Descaracterização com o reconhecimento da abusividade de encargos do período da normalidade contratual: o reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora. (REsp n. 1.061.530, submetido ao art. 543-C do CPC).

9. Comissão de Permanência:

9.1 Legalidade: não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato (Súmula n. 294-STJ).

9.2 Limite: a cobrança da comissão de permanência (...) não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato (Súmula n. 472-STJ).

9.3 Inacumulabilidade com correção monetária, juros remuneratórios, juros moratórios e multa contratual: Nos termos das Súmulas n. 472 e n. 30-STJ, a cobrança da comissão de permanência exclui, no período da inadimplência, a exigibilidade dos juros remuneratórios, dos juros moratórios, da multa contratual e da correção monetária.

9.4 Não juntada do contrato ou não reconhecimento da pactuação da comissão de permanência: se não houver a juntada do contrato ou o Tribunal de origem não reconhecer, no acórdão recorrido, a pactuação da comissão de permanência, é inviável a sua cobrança e, nos termos das Súmulas n. 5 e n. 7 deste STJ, o conhecimento da alegação do recurso especial relativa à comissão de permanência.

10. Multa de mora:

10.1 Percentual: a multa de mora, nos contratos bancários pactuados antes da vigência da Lei n. 9.298/1996, não pode ser superior a 10% do valor da prestação; nos pactuados após a Lei n. 9.298/1996, a multa está limitada a 2% daquele valor (Súmula n. 285-STJ e art. 52, § 1º, do CDC).

11. Juros moratórios:

11.1 *Limite*: nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês (Súmula n. 379-STJ).

12. *Repetição do indébito/compensação*:

12.1 *Desnecessidade do erro*: havendo o pagamento indevido, não é necessária a prova do erro para a repetição ou a compensação de valores em sede de ação de revisão de contrato bancário submetido ao CDC (Súmula n. 322-STJ).

No caso dos autos, tendo em vista o entendimento constante do item 10, não assiste razão ao agravante no que diz respeito à impossibilidade de aplicação da multa moratória em 2%.

Como afirmado pelo Tribunal *a quo*: “logicamente, a regra apenas será aplicada aos contratos que foram firmados em período posterior ao da vigência da lei. *No caso em apreço, sendo o contrato firmado no ano de 2000, deve ser mantida a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar as demandadas a reduzirem para o patamar de 2% (dois por cento) a multa prevista na cláusula 11ª do Contrato de Abertura de Crédito Fixo n. 20/80047-9, firmado com o autor*” (e-STJ f. 299 - grifou-se)

Ademais, no que concerne à inaplicabilidade do CDC ao caso em comento, o Tribunal de origem assim consignou: “é assente o entendimento de que o contrato de crédito firmado pelo Banco encerra atividades de consumo pela prestação contínua de serviços durante o tempo de vigência contratual, enquadrando-se na Lei n. 8.078/1990” (e-STJ f. 298), de modo que a decisão encontra-se alinhada com o posicionamento da Corte Superior sobre o tema. Afigura-se inafastável a incidência da Súmula n. 83-STJ.

No mais, a alteração da convicção formada pela instância inferior acerca da aplicação da multa moratória em 2% e da aplicação do Código Consumerista na relação firmada com a instituição financeira, demandaria um inevitável reexame da matéria fático-probatória pela Corte Superior, especialmente de cláusulas contratuais, hipótese vedada por força das Súmulas n. 5 e n. 7-STJ.

Por derradeiro, esclareço que a jurisprudência desta Corte já se manifestou em outras ocasiões que “*só há relação de consumo quando ocorre destinação final do produto ou serviço, e não na hipótese em que estes são alocados na prática de outra atividade*” (REsp n. 872.666-AL, 3ª Turma, minha relatoria, DJ de 5.2.2007).

Trata-se, portanto, da consagração da teoria finalista (ou subjetiva) como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor. Ser destinatário final, segundo a consagrada teoria, importa em retirar o bem do mercado ao adquiri-lo ou utilizá-lo, ultimando, dessa forma, a atividade econômica.

Por outro lado, no tocante à possibilidade de incidência do CDC à pessoa empresária, a jurisprudência do STJ tem evoluído, no sentido de admitir tal situação, excepcionalmente, nos casos em que evidenciada uma típica relação de consumo: de um lado um fornecedor, do outro um adquirente ou utente vulnerável.

Não há se olvidar, inicialmente, do entendimento sumulado desta Corte, de que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” (Súm. n. 297-STJ).

Dessa forma, na espécie, noticiam os autos, que a recorrida fez uso do capital mutuado pela instituição bancária recorrente como destinatária final, porquanto o emprego de tal montante permitiu a aquisição de máquinas para o efetivo desempenho da atividade produtiva e de subsistência da pequena empresa gráfica (impressão de material - e-STJ, fl. 38).

Além disso, não há se olvidar o inexpressivo porte financeiro dos contratos celebrados (R\$ 19.880,00 - dezenove mil e oitocentos e oitenta reais), circunstância capaz de confirmar, de plano, a vulnerabilidade econômica da recorrida.

Portanto, descabida a alegação do agravante, de modo que mantém-se a decisão por seus próprios fundamentos.

Cabe advertir, mais uma vez, que a oposição de incidentes processuais infundados dará ensejo à aplicação de multa por conduta processual indevida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Marcelo Junqueira Calixto¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O acórdão, da relatoria do Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, versa, basicamente, sobre duas questões: a) o conceito jurídico de consumidor

¹ Professor Adjunto da PUC-Rio. Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas. Professor da Pós-Graduação *lato sensu* da UERJ e da EMERJ.

e b) a aplicação do CDC a um contrato de financiamento contraído por uma microempresa para a manutenção da sua atividade produtiva. No caso, uma pequena gráfica celebrou contrato de mútuo com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) no valor de R\$ 19.880,00 (dezenove mil oitocentos e oitenta reais), tendo empregado tal montante na aquisição de máquinas necessárias ao desempenho de sua atividade. Referido contrato foi firmado em 2000 e previa a aplicação de multa moratória no montante de 10% sobre o valor da parcela em atraso.

Tendo sido verificada a mora, a mutuária opôs-se ao pagamento de referido percentual, pleiteando a sua redução para o montante máximo de 2% do valor da prestação, fundamentando o seu pleito no disposto no art. 52, § 1º, do CDC². O mutuante, porém, afirmou que o contrato de empréstimo não estaria submetido às regras do CDC uma vez que a gráfica teria utilizado o financiamento para a manutenção de sua atividade produtiva, não sendo verificada, portanto, a “destinação final” exigida pelo art. 2º, *caput*, do CDC para a ocorrência da relação jurídica de consumo³. A sentença acolheu o pleito autoral e, reconhecendo a existência de uma relação jurídica de consumo, determinou a redução da multa moratória para 2% da prestação inadimplida. Esta decisão foi mantida pelo Tribunal estadual (TJRN), tendo sido afirmado que “logicamente, a regra apenas será aplicada aos contratos que foram firmados em período posterior ao da vigência da lei. No caso em apreço, sendo o contrato firmado no ano de 2000, deve ser mantida a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar as demandadas a reduzirem para o patamar de 2% (dois por cento) a multa prevista na cláusula 11ª do contrato de abertura de crédito fixo n. 20/80047-9, firmado com o autor”.

Este entendimento é confirmado pelo STJ por ocasião do julgamento do Agravo em Recurso Especial, tendo o Ministro Relator destacado que “no mais, a alteração da convicção formada pela instância inferior acerca da aplicação da multa moratória em 2% e da aplicação do Código Consumerista na relação firmada com a instituição financeira demandaria um inevitável reexame da matéria fático-probatória pela Corte Superior, especialmente de cláusulas contratuais, hipótese vedada por força das Súmulas 5 e 7/STJ”. Contra este

² Recorde-se que o § 1º do art. 52 do CDC teve a sua redação alterada por força da Lei 9.298/96, quando passou a ter a seguinte redação: “Art. 52. (...) § 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação”.

³ Afirma o art. 2º, *caput*, do CDC: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

entendimento é interposto o Agravo Regimental que ora se comenta, o qual não é provido, tendo o Ministro Relator concluído que “descabida a alegação do agravante, de modo que mantém-se a decisão por seus próprios fundamentos. Cabe advertir, mais uma vez, que a oposição de incidentes processuais infundados dará ensejo à aplicação de multa por conduta processual indevida”.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

A primeira controvérsia a ser analisada, portanto, diz respeito ao conceito jurídico de consumidor. Nesse sentido, deve ser inicialmente recordado que o CDC não apresenta um único conceito de consumidor, mas sim quatro conceitos. O primeiro deles é o chamado consumidor *padrão*, ou em sentido estrito, o qual vem consagrado no art. 2º, *caput*, nos seguintes termos: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Este conceito apresenta três elementos básicos: a) um elemento *subjetivo*, traduzido na referência à pessoa *física* ou *jurídica*; b) um elemento *objetivo*, consubstanciado nos conceitos de *produto* ou *serviço*, e c) um elemento *teleológico*, o qual se estampa na expressão *destinatário final*.

Contrariando o que se observa em outros ordenamentos jurídicos, o CDC brasileiro não restringe o consumidor à pessoa física adquirente de um produto ou usuária de um serviço⁴. Da mesma forma, não afirma ser o consumidor aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço para uma finalidade não lucrativa ou não profissional. Assim, é possível afirmar que o conceito de consumidor padrão do direito brasileiro já é deveras amplo se comparado com outros ordenamentos jurídicos. De fato, a única restrição que se pode encontrar para tal definição está na interpretação do elemento *teleológico*, ou seja, na interpretação da expressão “destinatário final”.

Esta tem sido, justamente, a grande controvérsia que se instaurou na doutrina e na jurisprudência brasileiras desde a entrada em vigor do CDC, sendo difícil imaginar que a mesma um dia possa ter fim. Em verdade, são por todos conhecidas as chamadas correntes “maximalista” e “finalista” do conceito de consumidor, as quais divergem, especialmente, sobre os casos em que um

⁴ Sobre a experiência estrangeira, especialmente europeia, no que concerne ao conceito jurídico de consumidor, seja consentido remeter a Marcelo Junqueira CALIXTO, “O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor”, in *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, coordenado por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 331 a 333

profissional ou uma *pessoa jurídica* possam efetivamente realizar a “destinação final” de um produto ou serviço. Para os primeiros, bastaria a chamada destinação final “fática” do produto ou serviço, a qual se consubstanciaria em sua aquisição. Já os finalistas apregoam a chamada destinação final “fática e econômica” do produto ou serviço, exigindo, além da aquisição, a comprovação de que o mesmo não foi utilizado na linha produtiva ou, em outras palavras, que este produto ou serviço não serviu como “insumo” para a manutenção da atividade do adquirente ou usuário.

Uma aprofundada pesquisa na jurisprudência do STJ demonstra que o Tribunal proferiu decisões nos dois sentidos, embora tenha preferido utilizar, respectivamente, as expressões “concepção objetiva” e “concepção subjetiva”, sendo majoritários os julgados que adotaram esta última⁵. Esta distinção, porém, começa, a partir de 2005, a conviver com um novo elemento que, em alguns julgados, torna-se determinante para o reconhecimento da existência de uma relação jurídica de consumo, a saber, a *vulnerabilidade* do consumidor. De fato, em muitas ocasiões, o STJ passa a deslocar o centro da discussão para o reconhecimento desta vulnerabilidade, sob qualquer de suas formas, deixando em segundo plano a discussão quanto ao caráter “profissional” da aquisição do produto ou serviço⁶. Surge, assim, o chamado “finalismo aprofundado”, o qual tem, como pedra de toque, a “vulnerabilidade” do consumidor⁷.

O julgado em análise não foge a essa última visão, o que se depreende dos seguintes trechos do voto do Ministro Relator:

“Por outro lado, no tocante à possibilidade de incidência do CDC à pessoa empresária, a jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de admitir tal situação, excepcionalmente, nos casos em que evidenciada uma típica relação

⁵ Uma análise dos julgados mais marcantes pode ser encontrada em Marcelo Junqueira CALIXTO, “O Princípio”, cit., pp. 340-344. Como exemplos de “concepção objetiva” de consumidor podem ser recordados o Recurso Especial 208.793/RN (3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, julgado em 18.11.1999) e o Recurso Especial 263.229/SP (1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 14.11.2000). Já a “concepção subjetiva” ganha força a partir do julgamento do Recurso Especial 541.867/BA (2ª Seção, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. para o acórdão Min. Barros Monteiro, julgado em 10.11.2004).

⁶ O STJ tem reconhecido que, além das três formas tradicionais (fática, jurídica ou técnica), a vulnerabilidade pode vir a assumir outras modalidades a serem reconhecidas na situação concreta. Veja-se, nesse sentido, o decidido no Recurso Especial 1.195.642/RJ (3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13.11.2012).

⁷ Podem ser apontados como julgados que marcam o início desta forma de pensar o Recurso Especial 661.145/ES (4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 22.02.2005) e o Recurso Especial 476.428/SC (3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19.04.2005).

de consumo: de um lado um fornecedor, do outro um adquirente ou utente vulnerável. (...). Além disso, não há de se olvidar o inexpressivo porte financeiro dos contratos celebrados (R\$ 19.880,00 – dezenove mil e oitocentos e oitenta reais), circunstância capaz de confirmar, de plano, a vulnerabilidade econômica da recorrida”.

Embora se reconheça o acerto da decisão, é de se indagar se o caso é mesmo de consumidor em sentido estrito, uma vez que duvidosa a ocorrência da “destinação final”. Ao contrário, do ponto de vista dogmático, a situação concreta parece revelar a existência de um “consumidor por equiparação”, aplicando-se, assim, o disposto no art. 29 do CDC, o qual afasta o requisito da *destinação final* e exige, ao menos implicitamente, a verificação da *vulnerabilidade*⁸.

Admitida, de todo modo, a existência de uma relação jurídica de consumo, surge a segunda controvérsia do julgado, a saber, a consequência da aplicação do CDC ao contrato de mútuo contraído com instituição financeira. Sabe-se que o tema já foi objeto de intensa disputa, nada obstante a clareza do disposto no art. 3º, § 2º, do CDC, o qual considera como “serviço” as atividades de natureza “bancária” e de “crédito”⁹. Justamente para pacificar o tema, ao menos do ponto de vista da legislação ordinária, foi editada, pelo STJ, a Súmula 297, a qual é recordada pelo Ministro Relator quando afirma que “não há de se olvidar, inicialmente, do entendimento sumulado desta Corte, de que ‘o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras’ (Súm. 297/STJ)”.

Assim, aberta está a porta para a incidência do disposto no art. 52, § 1º, do CDC, o qual estabelece como limite para a multa de mora, nos contratos que envolvam a concessão de crédito, o patamar de 2% (dois por cento) sobre o valor da parcela em atraso. Referido percentual, porém, não constava da redação original do dispositivo, o qual estabelecia o teto de 10% (dez por cento), sendo fruto de alteração promovida pela Lei 9.298/96, em vigor a partir de dois de

⁸ Dispõe o art. 29 do CDC: “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Recorde-se que o art. 52 está contido no Capítulo VI do CDC e, portanto, a ele se estende o disposto no citado art. 29. Este último dispositivo já foi analisado em outra sede (Marcelo Junqueira CALIXTO, “O Princípio”, cit., p. 350) à qual se remete o leitor.

⁹ Recorde-se o disposto no art. 3º, § 2º, do CDC: “Art. 3º. (...) § 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”. Recorde-se, igualmente, que a possibilidade de se aplicar a legislação ordinária (no caso, o CDC) às instituições financeiras foi confirmada pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591/DF (Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. para o acórdão Min. Eros Grau, julgada em 07.06.2006).

agosto de 1996. Por esta razão é que surgiu a controvérsia sobre a aplicação do limite máximo de 2% (dois por cento) aos contratos celebrados anteriormente à vigência de referida lei, tendo sido pacificada pelo STJ a irretroatividade da alteração legislativa, inclusive por meio da edição da Súmula 285¹⁰.

Como o Tribunal estadual reconheceu que o contrato foi “firmado no ano de 2000”, admitiu, acertadamente, que o limite de dois por cento deveria ser aplicado, decisão esta referendada pela Corte Superior, a qual não poderia rever a decisão “por força das Súmulas 5 e 7/STJ”¹¹. Esta visão mostra-se correta, mesmo do ponto de vista dogmático.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível concluir esta breve análise reconhecendo o acerto da unânime decisão proferida no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento no Recurso Especial número 626.223/RN. No julgado em apreço foi mais uma vez afirmado o “finalismo aprofundado”, o qual torna determinante para a incidência do CDC o reconhecimento da *vulnerabilidade* de uma das partes da relação jurídica, ainda que se possa questionar a efetiva destinação final do produto ou serviço. Tal raciocínio é, porém, criticável do ponto de vista dogmático, em especial pelo fato de o próprio CDC admitir a extensão do conceito de consumidor (art. 29) para aqueles que, embora vulneráveis, não são “destinatários finais” do produto ou serviço. A extensão está na própria lei, portanto, não sendo necessário ampliar o alcance de seus termos.

De todo modo, tendo sido corretamente admitida a aplicação do CDC ao caso analisado, inevitável se mostrava a incidência do disposto no seu art. 52, § 1º. Como consequência, a multa de mora pelo atraso no adimplemento de parcela do contrato de mútuo não poderia ser superior ao teto de dois por cento. Prestigia-se, assim, o que foi unanimemente decidido pela Corte Superior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª edição. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

¹⁰ Afirma a Súmula 285 do STJ: “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”.

¹¹ Recorde-se o teor das Súmulas 5 e 7 do STJ: “5. A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”; “7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

_____. “O Conceito Jurídico de Consumidor”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 628, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

_____, MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

_____, MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. “O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor”, in *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*, coordenado por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 315-356.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor – Código Comentado e Jurisprudência*, 11ª edição, Salvador, JusPodium, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 6ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª edição, São Paulo, Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. “As relações de consumo e a nova teoria contratual”, in *Temas de Direito Civil*, vol. I, 3ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, pp. 217-237.

RECURSO ESPECIAL N. 567.192-SP (2003/0126611-7)

Relator: Ministro Raul Araújo
Recorrente: M de Lima Costa Bazar - Microempresa
Advogado: José Wilson de Lima Costa e outro
Recorrido: Xerox do Brasil Ltda
Advogado: João Jurandir Dian

EMENTA

Recurso especial. Civil e Consumidor. Contrato de locação de máquina fotocopadora com serviço de manutenção. Inadimplemento da locatária pessoa jurídica. Ação de cobrança de alugueres em atraso. Relação de consumo. Inexistência. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (arts. 2º e 4º, I). Bem e serviço que integram cadeia produtiva. Teoria finalista. Mitigação (CDC, art. 29). Equiparação a consumidor. Prática abusiva ou situação de vulnerabilidade. Não reconhecimento pela instância ordinária. Revisão. Inviabilidade (Súmula n. 7-STJ). Recurso desprovido.

1. “A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica. O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfrentamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da Súmula n. 7-STJ.” (EDcl no AREsp n. 265.845-SP, Rel. Ministro *Marco Buzzi*, DJe de 1º.8.2013)

2. Em situações excepcionais, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade ou submetida a prática abusiva.

3. Na espécie, dada a desproporção entre as contratantes, é incontestável a natural posição de inferioridade da ré frente à autora e de supremacia desta ante aquela, o que, entretanto, por si só, não possibilita o reconhecimento de situação de vulnerabilidade provocada, a atrair a incidência da referida equiparação tratada no art. 29 do CDC. É que tal norma não prescinde da indicação de que, na hipótese sob exame, tenha sido constatada violação a um dos dispositivos previstos nos arts. 30 a 54 dos Capítulos V e VI do CDC. A norma do art. 29 não se aplica isoladamente.

4. As instâncias ordinárias, no presente caso, recusaram a incidência do Código do Consumidor, por não haverem constatado a ocorrência de prática abusiva ou situação de vulnerabilidade na relação contratual examinada, mostrando-se inviável o reexame do acervo fático-probatório para eventualmente chegar-se a conclusão inversa, ante a incidência do óbice da Súmula n. 7-STJ.

5. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 5 de setembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cuidam os autos de ação de cobrança ajuizada por *Xerox do Brasil Ltda* contra *M de Lima Costa Bazar - ME*, objetivando a condenação da ré no valor principal (alugueres atrasados), acrescido de juros, correção monetária e multa contratual, decorrentes de rescisão, em razão de inadimplemento de contrato de locação de máquina copiadora entabulado entre as partes no ano de 1995 (fls. 11-19).

A r. sentença julgou procedente o pedido, entendendo haver contrato de locação de máquina sem ocorrência de relação de consumo, condenando a ré ao pagamento do valor principal de R\$ 12.552,70 acrescido de juros de 1% ao mês, desde a citação e correção monetária a partir da propositura da ação, bem como ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação, corrigidos desde o ajuizamento (fls. 105-107).

Interposta apelação pela ré, a eg. Primeira Câmara do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por unanimidade de votos, negou-lhe provimento, afastando a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor por entender inexistir relação de consumo no caso, em acórdão assim ementado:

Ação Ordinária de Cobrança. Locação. Bem móvel. Alugueres. Procedência. Pretendida aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, pela existência de relação de consumo. Alegado descabimento da cobrança, por ser indevida parte dos valores. Excesso quanto aos meses reclamados, à multa e aos honorários. Desacolhimento. Inaplicabilidade da lei consumerista, por se tratar de pessoa jurídica e serem bem e serviço destinados à sua atividade produtiva. Tentativa de rescisão do contrato e de devolução antecipada do equipamento. Irrelevância. Contrato regularmente celebrado, com entrega do bem. Providências inaptas para produzir a efetiva resilição da avença. Alugueres reclamados na inicial inteiramente devidos. Recurso improvido.

Sendo o negócio celebrado de natureza complexa, envolvendo locação, fornecimento de produtos e prestação de serviços, pode ficar submetido às regras do diploma consumerista, por estar havendo aquisição de bens e serviços por consumidor final, desde que o locatário possa ser havido como tal. Tratando-se, porém, de empresa e destinando-se a coisa locada, materiais e assistência técnica fornecidos a integrar sua cadeia produtiva ou como instrumento da geração de seus ganhos, bem assim não podendo ela ser havida como hipossuficiente vulnerável, alvo maior do diploma em foco (art. 4º, inc. I), não se amolda ao conceito legal de destinatária última dos produtos e serviços para consumo próprio, fazendo inaplicáveis ao negócio que celebrou as regras daquele.

Assim estando pactuado, a rescisão de contrato depois de seu termo final, com prorrogação por tempo indeterminado, somente se pode operar pela manifestação conjunta de ambos os contratantes ou, não concordando um deles, mediante denúncia da parte interessada, guardadas as providências e regras para tal previstas no ajuste. Enquanto não obtida essa resolução consensual, por meio da denúncia ou, mesmo, através de decisão judicial, segue o contrato produzindo seus efeitos, não bastando para sua cessação simples não utilização dos equipamentos locados, sendo devidos os alugueres. (fl. 142)

Inconformada, *M de Lima Costa Bazar - ME* interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 2º da Lei n. 8.078/1990, invocando, outrossim, dissídio jurisprudencial. Sustenta a aplicabilidade da Lei Consumerista segundo a consideração de ser a locatária também destinatária final. Para tanto, sustenta:

A empresa recorrida tem como atividade comercial principal a locação de máquinas desse tipo, tratando os vários consumidores de uma forma genérica, o que caracteriza, portanto, relação de consumo.

Não se trata de mero contrato eventual de locação o firmado com a apelante, mas sim da própria atividade comercial da empresa-autora.

É necessário se salientar que o contrato não se esgota no mero fornecimento do aparelho, mas inclui também o fornecimento de todo o material e assistência técnica necessários para o correto funcionamento da copiadora. Portanto, o contrato engloba um fornecimento de serviços, que não se limita a mera entrega de uma máquina em aluguel.

Desse modo, está a apelante na condição de consumidora, consoante define o art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor, e a apelada na condição de fornecedora, uma vez que nele se inclui a atividade de prestação de serviços.

Quanto à menção ao fato de que não seria a recorrente a consumidora final do produto, não corresponde à realidade.

Com efeito, a máquina destina-se ao uso da recorrente, que se trata de um pequeno bazar, que vende produtos diversos.

Ora, a máquina entregue pela empresa recorrida destinava-se exclusivamente ao uso do bazar, que comercializava as cópias. Portanto, a recorrente era a destinatária final da máquina. O produto dela é que era comercializado aos clientes. (fls. 155-156)

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 167-174), tendo sido admitido o recurso na origem (fls. 176-177) e encaminhado a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Pela leitura do v. aresto recorrido, constata-se que foram dois os fundamentos adotados para afastar-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie, quais sejam: o de que a ora recorrente não seria destinatária final, não se caracterizando como consumidora,

nos termos do art. 2º da Lei n. 8.078/1990; e o de que ela não poderia ser havida como hipossuficiente vulnerável, conforme o art. 4º, I, do mesmo diploma legal.

Confira-se o seguinte trecho do voto proferido na col. Corte de origem, *verbis*:

Vejo que aceitável, em princípio, a incidência das regras contidas nesse diploma consumerista aos contratos como o da espécie, pois não pode ele ser havido como de locação de bem móvel puro, ao expressamente contemplar, também, o fornecimento de materiais de consumo pelo equipamento, além da prestação de serviços de assistência técnica. Assim, é contrato de natureza mista ou complexa. Nos termos do artigo 2º da Lei n. 8.078/1990, aquele citado código, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto, como destinatária final, podendo este ser qualquer bem móvel ou imóvel (art. 3º, par. 1º). Envolvendo a avença sob foco, como dito, também fornecimento de material e serviços, poderá ficar submetida às regras da lei consumerista.

Todavia, para que os preceitos contidos nesse código tenham aplicação, imperioso que atendidos todos os requisitos impostos nessa lei especial, dentre eles, nos termos do citado artigo 2º, “caput”, o comparecimento do consumidor, a saber, qualquer pessoa física ou jurídica que tenha adquirido ou utilizado produto, como destinatária final. *Tratando-se, na espécie, de empresa e destinando-se o equipamento locado, os materiais e serviços, segundo evidente, a integrar sua cadeia produtiva ou como instrumento da geração de seus ganhos, bem assim não podendo ela ser havida como hipossuficiente vulnerável, alvo maior do diploma em foco (art. 4º, inc. I), não se amolda ao conceito legal de destinatária última daqueles, para consumo próprio, fazendo inaplicáveis ao negócio que celebrou as regras daquele.* (fl. 144)

Em termos gerais, o v. aresto recorrido não destoa do entendimento desta Corte, que, por tantas vezes, já se pronunciou no sentido de não ser possível a incidência do Código de Defesa do Consumidor quando uma das partes não se enquadrar no conceito de consumidor, como destinatário final.

Na hipótese, a recorrente era locatária de máquina copiadora produzida e alugada pela locadora, ora recorrida, utilizando tal equipamento para incrementar suas atividades comerciais, vendendo cópias à sua clientela.

Como se sabe, a caracterização da figura do consumidor merecedor da proteção assegurada pelo ordenamento jurídico depende da adoção das teorias minimalista (finalista) ou maximalista.

Pela primeira, considera-se consumidor, de acordo com o critério do artigo 2º do CDC, o destinatário final fático e econômico de um produto ou

serviço, ou seja, quem adquire ou utiliza produto ou serviço de modo a exaurir a função econômica através da sua retirada do mercado de consumo. Não existe aqui obtenção de lucro em razão do ato de consumo, nem implemento de uma atividade negocial.

Já a teoria maximalista abre a possibilidade de aplicação extensiva das normas do CDC a outros contratos que não os de consumo próprio, interpretando a definição de consumidor de forma ampliada. Nesse contexto, considera consumidor o destinatário fático do produto ou serviço, ainda que não seja o destinatário econômico final, não sendo preciso que a partir do ato de consumo impróprio seja retirado o produto ou serviço, necessariamente, do mercado.

A teoria finalista veio a ser adotada, no Brasil, pelo Código de Defesa do Consumidor, comportando, porém, certa mitigação em hipóteses especiais, como destacado nos precedentes jurisprudenciais desta Corte Superior, a seguir exemplificados:

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Embargos à execução em cédula de crédito bancário. Decisão monocrática que negou provimento ao agravo, mantendo hígida a decisão de inadmissibilidade do recurso especial. Irresignação da executada.

1. Expediente manejado com nítido e exclusivo intuito infringencial. Recebimento do reclamo como agravo regimental.

2. É vedado a este Tribunal apreciar violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento.

3. Incidência dos óbices das Súmulas n. 5 e 7-STJ, no tocante às teses de inexigibilidade da cédulas de crédito, vulnerabilidade e hipossuficiência da recorrente e ocorrência de fraude na operação de transferência dos títulos. Tribunal local que, com amparo nos elementos de convicção dos autos e nas cláusulas contratuais, entendeu não existir circunstâncias capazes de ensejar a ineficácia, anulação ou invalidade da cédula de crédito, tampouco de provas aptas a corroborar a alegação de que tenha ocorrido cessão de créditos, fraude ou conduta capaz de gerar prejuízos à ora insurgente e demonstração da vulnerabilidade e hipossuficiência da insurgente. Impossibilidade de reexame de fatos, provas e cláusulas contratuais.

4. *A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência*

técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica. O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfratamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da Súmula n. 7-STJ. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.

(EDcl no AREsp n. 265.845-SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 18.6.2013, DJe de 1º.8.2013)

Direito Civil e Direito do Consumidor. Transporte aéreo internacional de cargas. Atraso. CDC. Afastamento. Convenção de Varsóvia. Aplicação.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. *Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei n. 8.078/1990, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.*

3. *Em situações excepcionais, todavia, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista, para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.*

4. Na hipótese em análise, percebe-se que, pelo panorama fático delineado pelas instâncias ordinárias e dos fatos incontroversos fixados ao longo do processo, não é possível identificar nenhum tipo de vulnerabilidade da recorrida, de modo que a aplicação do CDC deve ser afastada, devendo ser preservada a aplicação da teoria finalista na relação jurídica estabelecida entre as partes.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.358.231-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28.5.2013, DJe de 17.6.2013)

Recurso especial. Ação de cobrança. Contrato de seguro-saúde. Violação do art. 535 do CPC. Alegação genérica. Súmula n. 284-STF. Cerceamento de defesa. Condição de destinatário final. Vulnerabilidade técnica da pessoa jurídica. Revisão do julgado. Reexame de provas. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ. Contrato firmado entre a Caixa de Assistência dos Servidores e a seguradora. Código de Defesa do Consumidor. Não incidência. Cláusula de reajuste com base na sinistralidade. Não abusividade. Percentual. Laudo pericial. Revisão. Impossibilidade.

(...)

4. Se a pessoa jurídica não ostenta a condição de consumidor final nem se apresenta em situação de vulnerabilidade, não incidem as regras do Direito do Consumidor.

(...)

6. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.297.956-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 27.2.2013)

Da leitura dos julgados transcritos, também se extrai a possibilidade de equiparação à figura do consumidor de pessoa, física ou jurídica, que comprove ter sido envolvida em situação de vulnerabilidade na relação com fornecedor, quando este viole determinadas disposições do CDC.

Trata-se de aplicação da norma do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Este dispositivo está inserido nas disposições gerais do Capítulo V, referente às Práticas Comerciais, e faz menção também ao Capítulo VI, que trata da Proteção Contratual.

Na doutrina, acerca da equiparação disciplinada no artigo transcrito, esclarece **Cláudia Lima Marques** que: “pode ser importante para as nossas conclusões saber que as normas do CDC são aplicáveis, por lei, a pessoas que em princípio não poderiam ser qualificadas como consumidores *stricto sensu*” (*in Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, 5ª ed., 2006, p. 318).

Por sua vez, **Antonio Hermann V. Benjamin**, **Cláudia Lima Marques** e **Bruno Miragem**, discorrendo sobre a ideia básica do art. 29 do CDC, aduzem tratar-se de “imposição de um patamar mínimo de lealdade e boa-fé objetiva”, acrescentando:

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa. Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas às práticas abusivas.

Estas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas. (*in* Código de Defesa do Consumidor Comentado, RT, p. 397).

Assim, no caso sob exame, não se pode afastar de todo a aplicabilidade do CDC à relação jurídica em debate, pois a promovida, ora recorrente, alega ter atrasado o aluguel da máquina do mês de abril de 1998, em virtude dos altos preços cobrados pela locação, tendo ficado a partir de então impossibilitada de utilizar o equipamento por ter a promotora locadora, de imediato, cessado o fornecimento de material e assistência técnica, além de negar-se a retirar o equipamento, mesmo após a notificação da sociedade ré comunicando não ter mais condições de manter o contrato (cf. fl. 51).

Com isso, estaria a ora recorrente alegando ter sido envolvida por seu fornecedor em situação de vulnerabilidade, o que renderia ensejo à aplicação da regra de equiparação prevista no mencionado art. 29, desde que alguma das práticas previstas nos Capítulos V e VI do CDC fosse constatada como ocorrente no caso, em prejuízo da promovida, ora recorrente.

Sendo a autora da ação sociedade empresária de grande porte, integrante de um conglomerado internacional, detentora da técnica avançada e específica utilizada em suas máquinas, materiais e serviços, de alta tecnologia, poderia, em tese, ter imposto um contrato de adesão repleto de cláusulas abusivas na locação ajustada com a ré, sociedade empresária de pequeno porte, que utilizava a máquina xerox copiadora como um serviço a mais comercializado em seu estabelecimento.

Dada a desproporção entre as contratantes, é incontestável a natural posição de inferioridade da ré frente à autora e de supremacia desta ante aquela, o que, entretanto, por si só, não possibilita o reconhecimento de situação de vulnerabilidade provocada, a atrair a incidência da referida equiparação tratada no multicitado art. 29. É que tal norma não prescinde da indicação de que, na hipótese sob exame, tenha sido constatada violação a um dos dispositivos previstos nos arts. 30 a 54 dos Capítulos V e VI do Código de Defesa do Consumidor. A norma do art. 29 não se aplica isoladamente.

Contudo, na espécie, as instâncias ordinárias, após analisarem as provas documentais e testemunhais produzidas, recusaram a incidência do Código do Consumidor, por não haverem constatado a ocorrência de prática abusiva ou situação de vulnerabilidade na relação contratual examinada.

Nesse contexto, mostra-se inviável o reexame do acervo fático-probatório para eventualmente chegar-se a conclusão inversa, ante a incidência do óbice da Súmula n. 7-STJ.

Por fim, pela alínea **c** também não prospera a inconformação, pois a recorrente não demonstrou a similitude entre os julgados confrontados, os quais, além de provenientes também de tribunais paulistas, tratam de casos em que as instâncias ordinárias reconheceram a ocorrência de práticas contratuais abusivas, o que não sucede na espécie.

Pelo exposto, conheço do recurso especial para negar-lhe provimento.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Cesar Santolim**

1. APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

Tratou-se de uma ação de cobrança movida pela Xerox do Brasil Ltda. (doravante apenas “Xerox”) contra M de Lima Costa Bazar – ME (doravante “Bazar”), em razão de alegado descumprimento das obrigações decorrentes de relação contratual. Segundo a Xerox, o Bazar deixara de pagar o valor de aluguéis, devidos pela locação de equipamento destinado a confecção de cópias, e, a este valor, para fins de condenação, deveria ainda ser acrescido o montante da indenização devida pelo inadimplemento contratual. A decisão de 1º grau julgou procedente a ação, entendendo caracterizado o contrato de locação, sem relação de consumo.

Na apelação, a Primeira Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (hoje extinto), houve a manutenção do julgado *a quo*, outra vez afastada a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Na ementa do acórdão, constou ser inaplicável a “lei consumerista, por se tratar de pessoa

* Professor da Faculdade de Direito da UFRGS, nos cursos de graduação e pós-graduação. Bacharel em Direito e Economia (UFRGS). Mestre e Doutor em Direito (UFRGS). Pós-doutorado em Direito (Universidade de Lisboa).

jurídica e serem bem e serviço destinados á sua atividade produtiva”. Houve o reconhecimento de se tratar “o negócio celebrado de natureza complexa, envolvendo locação, fornecimento de produtos e prestação de serviços”, que “pode ficar submetido às regras do diploma consumerista, por estar havendo aquisição de bens e serviços por consumidor final, desde que o locatário possa ser havido como tal”. No entanto “tratando-se ... de empresa e destinando-se a coisa locada, materiais e assistência técnica fornecidos a integrar sua cadeia produtiva ou como instrumento da geração de seus ganhos, bem assim não podendo ela ser havida como hipossuficiente vulnerável, alvo maior do diploma em foco (art. 4º, inc. I), não se amolda ao conceito legal de destinatária última dos produtos e serviços para consumo próprio, fazendo inaplicáveis ao negócio que celebrou as regras daquele”.

Em Recurso Especial, o Bazar sustentou a aplicabilidade da legislação de proteção do consumidor á relação existente com a Xerox. Disse que a Xerox tinha “como atividade comercial principal a locação de máquinas”, e que “o contrato não se esgota no mero fornecimento do aparelho, mas inclui também o fornecimento de todo o material e assistência técnica necessários para o correto funcionamento da copiadora” e que, portanto, “o contrato engloba um fornecimento de serviços, que não se limita a mera entrega de uma máquina em aluguel”. O Bazar, então, estaria “na condição de consumidor”, e a Xerox, “na condição de fornecedora”. Afirmou, ainda, que “a máquina entregue pela empresa recorrida destinava-se exclusivamente ao uso do bazar, que comercializava as cópias. Portanto, a recorrente era a destinatária final da máquina. O produto dela é que era comercializado aos clientes”.

No voto, já nas considerações iniciais, o Ministro RAUL ARAÚJO, relator do recurso que aqui se examina, apontou, de forma bastante objetiva, a existência de dois fundamentos, adotados pela decisão recorrida, para o afastamento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC): (a) a descaracterização do Bazar como “consumidor”, pois não se tratava de destinatário final, à luz do art. 2º do CDC e (b) o Bazar não poderia ser reconhecido como “hipossuficiente vulnerável”, conforme o art. 4º, I, também do CDC. No decorrer da argumentação, o relator destaca que o acórdão recorrido segue a linha de entendimento dominante no STJ, no sentido de que a caracterização da relação de consumo, no direito brasileiro, vincula-se à “teoria finalista”, em forma mitigada, pelo que “considera-se consumidor, de acordo com o critério do artigo 2º do CDC, o destinatário final fático e econômico de um produto ou serviço, ou seja, quem adquire ou utiliza produto ou serviço de modo a

exaurir a função econômica através da sua retirada do mercado de consumo”, com “a possibilidade de equiparação à figura do consumidor de pessoa, física ou jurídica, que comprove ter sido envolvida em situação de vulnerabilidade na relação com fornecedor, quando este viole determinadas disposições do CDC”, a partir do disposto no art. 29 da Lei nº 8.078/90. Nesta linha, não demonstrada “a ocorrência de prática abusiva ou situação de vulnerabilidade na relação contratual examinada”, teve-se por inaplicável a legislação consumerista ao caso em exame, e o Recurso Especial foi improvido (decisão unânime).

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Há controvérsia doutrinária sobre o alcance da noção de consumidor, nos termos definidos pelo CDC (a caracterização básica consta do art. 2º, mas há ainda regras extensivas no art. 17, no tocante à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, e no art. 29, que traz equiparação para fins de práticas comerciais). Extremam-se duas teorias, a “finalista” (consumidor é aquele que acessa o recurso – produto ou serviço – na condição de destinatário final no ciclo econômico, isto é, sem que o produto ou serviço seja repassado a outro agente, na sua forma original ou como insumo de outro produto ou serviço) e a “maximalista” (para a qual as normas protetivas dirigem-se ao “mercado de consumo”, o que significa que “destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza”¹, podendo então, na utilização, ter esse produto – ou serviço – como parte de uma nova – e própria – cadeia produtiva). Entre uma e outra concepção situa-se aquela indicada no acórdão como sendo a dominante do âmbito do STJ: a denominada “teoria finalista mitigada” ou “mista”, segundo a qual “se extrai a possibilidade de equiparação à figura do consumidor de pessoa, física ou jurídica, que comprove ter sido envolvida em situação de vulnerabilidade na relação com fornecedor, quando este viole determinadas disposições do CDC”. Em outras palavras, mesmo quando o agente econômico não é o elemento final na cadeia produtiva, mas é reconhecida sua vulnerabilidade (que pode ser de diversas ordens – econômica, técnica, jurídica...), seria aplicável a legislação consumerista.

No caso examinado, não ficou demonstrada essa situação de vulnerabilidade (e, tratando-se de matéria de prova, o acórdão invocou a Súmula 7, também do STJ, que considera inviável seu reexame, em Recurso Especial). Daí o improvimento.

¹ MARQUES, BENJAMIN e MIRAGEM. “Comentários...”, p. 72.

Mesmo submetida a uma interpretação literal, a legislação que tutela as relações de consumo, no Brasil, é bastante abrangente. Diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, não limita a condição de “consumidor” às pessoas naturais, admitindo expressamente a possibilidade de pessoa jurídica ser assim considerada. Mesmo assim, considerando-se que, à época da entrada em vigor do CDC, o regime geral de tutela das relações contratuais, dado pelo Código Civil, remontava a padrões do início do Século XX, é compreensível o esforço, feito pela doutrina, no sentido de expandir essa tutela protetiva a um número mais significativo de situações. Nada muito diferente do que aconteceu em ordenamentos jurídicos onde havia um quadro análogo. Por isso, as tentativas “maximalistas” que, no limite, determinariam verdadeira substituição do “sistema” pelo “microsistema”: o que seria acessório (a tutela das relações “de consumo”) passaria a ser o principal (a tutela das relações “de mercado”). O propósito “maximalista” encontra obstáculo no texto mesmo da norma (que relaciona o conceito de consumidor à posição de “destinatário final” do produto ou serviço), mas, mesmo que assim não fosse, esbarraria na interpretação sistemática do texto constitucional (o dever do Estado em promover, na forma da lei, a defesa do consumidor – art. 5º, XXXII – deve ser compreendido em consonância com a garantia do livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo no casos previstos em lei – parágrafo único do art. 170). A admitir-se o alcance da proteção que deriva da legislação consumerista (marcadamente intervencionista, nas relações privadas, e continente de normas de ordem pública) às relações “do mercado de consumo”, estar-se-ia, na prática, afrontando o princípio da livre iniciativa, assegurado constitucionalmente. Nesta medida, o reconhecimento da “teoria finalista” é um imperativo de ordem hermenêutica, pois mantém a validade do CDC.

No contexto do regime geral dos contratos trazido com o advento do Código Civil de 2002, que, entre outras mudanças importantes, afirmou a sua função social (art. 421), e a observância da boa-fé (art. 422), sequer há justificativa para qualquer mitigação na “teoria finalista”, porque há proteção jurídica para eventuais situações de desigualdade entre os contratantes que podem ser extraídas desse regime geral, sem a necessidade da invocação da tutela consumerista. A noção de um contrato totalmente paritário (trate-se ou não de relação de consumo) é puramente ficcional. Em todas as relações contratuais há assimetrias, o que faz com que sejam, sempre, incompletos, e “o inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto econômico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas”². Em alguns casos, quando

² ARAÚJO, “Teoria Económica...”, p. 151.

as assimetrias informacionais são suficientemente graves para provocar uma “falha de mercado”, compreende-se a necessidade da intervenção estatal para a correção destas distorções, para reestabelecer a possibilidade do exercício da autonomia privada³. Somente aí deve funcionar a tutela específica das “relações de consumo”, e o critério finalista, porque restringe essa possibilidade, é mais adequado.

De outro lado, não se afigura apropriada a invocação, ao caso concreto, da norma do art. 29 do CDC, pois a equiparação ali cogitada dirige-se a pessoas “expostas a práticas abusivas ... mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*”⁴. Ora, não era esse o caso do Bazar, que mantinha relação contratual com a Xerox. Ou bem se o considerava “consumidor” (*stricto sensu*), na forma do art. 2º do CDC, adotando-se a “teoria maximalista” (o que não ocorreu), ou não havia relação de consumo. A equiparação prevista no art. 29 está destina a “terceiros”, estranhos á relação contratual, e que, mesmo assim, pelos efeitos da publicidade ou de práticas abusivas, por exemplo, sofram efeitos da atividade econômica praticada pelo fornecedor

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão, ainda que não exatamente pelos fundamentos mais adequados, reconheceu a inaplicabilidade da legislação consumerista a uma relação empresária, onde o agente econômico de menor porte, mesmo merecedor de proteção jurídica decorrente dessa condição, não pode ser considerado “consumidor” se não é o “destinatário final” do produto ou do serviço.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra, Portugal: Ed. Almedina, 2007.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Hermann; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Arts. 1º a 74: Aspectos Materiais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003

SANTOLIM, Cesar. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro*, in **Revista de Direito do Consumidor**, nº 55, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

³ SANTOLIM, “Princípios...”, p. 82.

⁴ MARQUES, BENJAMIN e MIRAGEM. “Comentários...”, p. 397.

RECURSO ESPECIAL N. 963.852-PR (2007/0145056-0)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Martiaço Indústria e Comércio de Artefatos Metálicos Ltda e outros

Advogado: Alexandre Furtado da Silva

Recorrido: Export-Import Bank of United States - Eximbank

Advogado: Alde da Costa Santos Júnior e outro(s)

EMENTA

Direito Civil. LICC. Aplicação da legislação estrangeira. Obrigação decorrente de contrato de financiamento bancário destinado a importação de equipamento industrial. CDC afastado. Art. 535 do CPC. Cerceamento do direito de defesa. Dispositivo inaplicável e impertinente. Taxa de juros. Limitação. Interpretação de norma constitucional. Impossibilidade em recurso especial.

1. A norma do art. 9º, § 2º, da LICC (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), não se refere a domicílio, mas a simples “residência”, revelando caráter temporário, vinculado ao local onde se encontrava o proponente no momento de propor a realização do negócio jurídico.

2. No caso concreto, conforme consta do acórdão recorrido, o que se tem é que o contrato de financiamento foi celebrado nos Estados Unidos da América e a importância respectiva seria repassada pela instituição bancária estrangeira diretamente à empresa americana exportadora do equipamento, da qual a empresa nacional recorrente adquiriu o equipamento de corte de metais. Ou seja, o contrato de financiamento foi celebrado no exterior e lá deveria ser cumprido, inexistindo esclarecimentos a respeito de como e onde foram realizadas as tratativas iniciais. Com isso, presume-se que a proposta foi realizada também no exterior e, na melhor interpretação do art. 9º, § 2º, da LICC, não há como deixar de aplicar a legislação estrangeira na relação contratual examinada nestes autos, ficando afastada a incidência do CDC.

3. A propósito da tese de que o contrato vincularia o mutuante ao produto defeituoso, os recorrentes não apontam qual artigo de lei federal teria sido violado, cingindo-se a concluir que o Tribunal de origem decidiu de forma contrária aos “termos do próprio contrato” e da “carta de crédito emitida pela Instituição Financeira”. Nessa parte, incide as vedações contidas nos Enunciados n. 284 da Súmula do STF e n. 5 e 7 da Súmula do STJ.

4. Ademais, segundo orientação desta Corte Superior, não incide o CDC por ausência da figura do consumidor (art. 2º do CDC) nos casos de financiamento bancário ou de aplicação financeira com o propósito de ampliar capital de giro e a atividade empresarial. É que o capital obtido da instituição financeira destina-se, apenas, a fomentar a atividade industrial, comercial ou de serviços e, com isso, incrementar os negócios e o lucro.

5. A indústria que adquire e importa equipamento com valor superior a US\$ 261.485,00 (duzentos e sessenta e um mil, quatrocentos e oitenta e cinco dólares americanos) não revela vulnerabilidade ou hipossuficiência, na forma da jurisprudência desta Corte, para efeito de conceder-lhe a tutela protetiva prevista no CDC em favor, exclusivamente, do destinatário final do produto ou serviço.

6. Omissões e violação do art. 535 do CPC não configuradas no acórdão recorrido.

7. O art. 1º do CDC, além de não ser aplicável à presente demanda em virtude da incidência da legislação estrangeira e da descaracterização de relação de consumo, é impertinente para impor o reconhecimento de cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que o acórdão recorrido encontra-se fundamentado no fato de que as partes, devidamente representadas por seus advogados, teriam dispensado a produção de outras provas e no entendimento de que as provas requeridas seriam inúteis diante do contexto fático-jurídico apresentado.

8. Descabe enfrentar em recurso especial a eventual contrariedade a dispositivo constitucional e a auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192 da CF.

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

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo (Presidente) e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2014 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se, na origem, de ação monitória proposta por *Export-Import Bank of de United States - Eximbank*, ora recorrido, contra *Martiaço Indústria de Artefatos Metálicos Ltda., Mauro Martins, Marcos Martins e Marcelo Martins*, ora recorrentes, tendo o Juiz de Direito julgado improcedentes os respectivos “embargos à ação monitória, para constituir em título executivo judicial o contrato de crédito a prazo fixo de fls. 12-47 e respectiva nota promissória, nos termos do art. 1.102c, § 3º, do CPC, para pagamento de importância monetária (R\$ 569.693,41 - fls. 02-10)” (e-STJ fl. 511).

O TJPR negou provimento à apelação dos ora recorrentes e deu provimento à do ora recorrido, estando o acórdão recorrido assim ementado:

Direito Internacional Privado. Contrato de financiamento internacional. Apelação cível. Ação monitória. Contrato bancário. Financiamento de compra e venda internacional. Eximbank - Export Import Bank of United States. Agência do Governo Norte Americano. Subrogação.

Princípio “*locus regit actum*”. Lei aplicável ao contrato. Obrigação constituída em com previsão de cumprimento no exterior.

Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Contrato regido por legislação estrangeira.

Cerceamento de defesa. Supressão da instrução. Inocorrência. Fato probando irrelevante a solução da causa.

Ordem pública processual. Fato impeditivo do direito do autor. Alegação após encerramento da fase postulatória. Direito do Consumidor. Matéria de ordem pública. Impertinência. Preclusão.

Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade. Relação jurídica privada. Interesses disponíveis. Ausência de previsão legal.

Capitalização de juros. Contrato regido por direito alienígena. Ônus de alegar violação ao direito de regência. Presunção de legitimidade. Princípio “*locus regit actum*”.

Contratos internacionais de financiamento. Juros. Pactuação expressa em contrato. Taxa básica para empréstimos inter-bancários. Libor – Taxa no mercado inglês.

Limitação constitucional de juros. Art. 192, § 3º da Constituição Federal. Não auto-aplicável. Súmula n. 648 do Supremo Tribunal Federal.

Contrato em moeda estrangeira. Previsão de pagamento no exterior. Conversão na data do pagamento.

Recurso de apelação 1 desprovido.

Recurso de apelação 2 provido.

1. Lei aplicável ao contrato – Princípio do “*locus regit actum*”. *Na forma do consagrado postulado do “locus regit actum”, constituída a obrigação no exterior, e estipulado que o seu cumprimento se dará naquela sede, é a lei local que disciplina a relação jurídica. Neste particular, é sintomático que sequer existia a perspectiva do ingresso do capital mutuado no Brasil, posto que os valores seriam imediatamente repassados pelo banco mutuante à empresa exportadora, ambos de nacionalidade norte-americana. Somente se discute este contrato no foro brasileiro para que seja viável a sua cobrança judicial, haja vista que a empresa devedora provavelmente não conta com bens no território norte-americano, para saldar o débito.*

2. Código de Defesa do Consumidor. *Embora inexista nos autos a demonstração do direito que regia o contrato, é mais que evidente que a regência pela disciplina norte-americana exclui a incidência da legislação brasileira, inclusive do Código de Defesa do Consumidor. Admitir que se surpreenda o credor, que celebrou o contrato em seu domicílio, com legislação protetiva vigente no país do devedor, representaria uma absoluta quebra da segurança das relações comerciais internacionais.*

3. Cerceamento de defesa. *Para justificar a ausência de pagamento, os embargantes pretendem invocar a “exceptio non adimpleti contractus”. Ocorre que o alegado “fato impeditivo” jamais poderá ser oponível contra o banco norte-americano, que cumpriu com todos os deveres pelos quais se obrigou, isto é, concedeu o montante mutuado no tempo e modo contratados. Até por força do princípio universal da relatividade dos contratos, o eventual vício da mercadoria adquirida é oponível unicamente frente ao exportador, vez que o banco é terceiro em relação ao contrato de compra e venda internacional.*

4. Alegação de fato impeditivo – intempestividade. *Ainda que fosse aplicável o CDC, não haveria justificativa legítima para se sobrepor a ordem pública de proteção ao consumidor sobre a própria ordem pública processual, vilipendiando garantias constitucionais da parte autora, como as do devido processo legal, do contraditório e da duração razoável do processo (respectivamente, art. 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII,*

da Constituição Federal). A redação processual se aperfeiçoa de pleno direito a partir da resposta do réu, sendo certo que, a ausência de menção na defesa sobre o fato impeditivo do direito do autor, o exclui do âmbito de apreciação naquele processo. Assim, a matéria não fará parte do controvertido nos autos, sendo absolutamente impertinente que seja levantada após ultimada a fase postulatória.

5. Ministério Público – Intervenção. O caso em análise não se amolda a qualquer das hipóteses constitucionais ou legais em que se exige a participação do órgão ministerial.

6. Capitalização de juros. Inaplicáveis as disposições legais nacionais acerca da limitação e capitalização e juros, posto que a lei de regência é a estrangeira. Os embargantes não se desincumbiram do ônus de alegar eventual infração à legislação alienígena, razão pela qual, por força do princípio do “locus regit actum”, a relação jurídica é presumidamente legítima.

7.

8. Limitação Constitucional de juros. A jurisprudência sobre a não auto-aplicabilidade do já revogado § 3º do artigo 192 da Constituição Federal.

9. Conversão monetária. A obrigação foi constituída nos Estados Unidos da América, com previsão de integral cumprimento naquela mesma sede. Nada mais coerente, portanto, que o banco que concedeu o empréstimo em dólares norte-americanos, com previsão de pagamento na mesma moeda, o receba na exata forma contratada. Diferente fosse, estar-se-ia correndo o risco de onerar o credor com o recebimento de quantia inferior à efetivamente devida, frustrando as expectativas possuía quando aderiu à relação negocial (e-STJ fls. 617-618).

Os aclaratórios opostos pelos réus na monitoria foram rejeitados (e-STJ fls. 643-646).

Martiaço Indústria de Artefatos Metálicos Ltda. e outros interpuseram o presente recurso especial baseados no art. 105, III, **a** e **c**, da CF.

Alegam que “o contrato de financiamento para aquisição do maquinário importado foi firmado entre as partes por provocação da empresa Recorrente, interessada em adquirir o referido bem móvel, no desenvolvimento de suas atividades comerciais” (e-STJ fl. 655). Por outro lado, “embora o contrato tenha sido firmado nos Estados Unidos da América, a legislação civil brasileira expressamente determina que se aplicam as leis do país onde se constituiu a obrigação e que esta se considera constituída no local em que residir o proponente, conforme consignado no artigo 9º, parágrafo segundo, da Lei de Introdução ao Código Civil”, ora violado (e-STJ fls. 655-656). Argumenta que, “mediante interpretação simples e lógica do citado dispositivo legal, conclui-se que se o proponente do contrato, no caso a empresa Recorrente, reside no

Brasil, então, obviamente deve-se considerar constituída a obrigação neste local e, portanto, o correspondente contrato se sujeitará à aplicação da legislação brasileira” (e-STJ fl. 656). Acrescenta, ainda, que:

Portanto, ainda que as partes tenham estipulado o foro de eleição do contrato, prevalece a regra de aplicação da lei de domicílio do proponente, ou seja, da empresa Recorrente, que solicitou o financiamento para aquisição do maquinário avariado.

Ademais, uma vez que o contrato em questão estabelece uma relação típica de consumo, conforme será retratado no tópico subsequente, suas cláusulas jamais poderão se sobrepor às questões de ordem pública, das quais se destacam os direitos básicos do consumidor, conforme estabelece o artigo 17, da Lei de Introdução ao Código Civil, nos seguintes moldes:

Artigo 17. As leis, atos e sentença de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. (grifamos)

[...]

Ao contrário do entendimento proferido pelo E. Tribunal “*a quo*” não caberia aos Recorrentes o ônus de provarem eventual irregularidade do contrato em face do direito material alienígena, justamente em razão da aplicação da legislação brasileira à relação jurídica retratada nos autos, sobretudo, do Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, novamente o v. Acórdão recorrido contraria as disposições do artigo 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil, negando vigência à parte final do parágrafo único da citada norma jurídica, ao declarar que “*a eventual abusividade das cláusulas contratuais não pode ser acolhida em face do direito brasileiro, mas sim, do direito material vigente no local onde o negócio foi constituído*”, olvidando-se que se considera constituída a obrigação no local de domicílio da empresa Recorrente (e-STJ fls. 656-657).

Sustenta, igualmente, que, “embora considerando a indevida aplicação da legislação alienígena ao contrato, o D. Tribunal recorrido manifestou-se sobre a eventualidade de se acolher as normas impositivas do Código de Defesa do Consumidor, entendendo que a relação contratual questionada não se subsume as regras previstas neste diploma legal” (e-STJ fl. 657). Relativamente “ao maquinário adquirido pela empresa Recorrente, este D. Tribunal, ao afirmar que o contrato não vincula o mutuante ao produto viciado, contraria os termos do próprio acordo, pois seu objeto expressamente prevê que o financiamento seria utilizado exclusivamente para a importação do referido equipamento, conforme,

inclusive, demonstra a cara de crédito emitida pela Instituição Financeira mutuante, autorizando a transferência do numerário diretamente à empresa exportadora, cujo anexo C constitui parte integrante do aludido instrumento contratual” (e-STJ fl. 658).

Ademais, segundo a recorrente, “ainda que não se vislumbrasse a vinculação do maquinário ao contrato de concessão de crédito, o V Acórdão recorrido também negou vigência ao **artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei n. 8.078/1990**, pois o D. Juízo ‘a quo’ reconheceu que os serviços foram prestados por Instituição Financeira, que se enquadra no conceito de fornecedora, conforme consignado no citado dispositivo legal, cuja matéria foi suficientemente prequestionada no recurso de Apelação, e segundo corroborado pelo entendimento jurisprudencial sobre o tema e pela Súmula n. 297, do STJ” (e-STJ fl. 659).

Afirma que o Tribunal de origem violou, também, o art. 535 do CPC em decorrência de omissões que assim demonstra:

Ainda com referência à aplicabilidade da legislação de consumo ao referido contrato, o D. Juízo ‘a quo’ não se manifestou sobre a alegada e constatada hipossuficiência dos Recorrentes frente ao poderio econômico das instituições financeiras contratadas, viabilizando a concessão dos benefícios da inversão do ônus da prova, nos moldes do **artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor**, e sobre a aplicabilidade do **artigo 51, parágrafo 1º, III**, deste mesmo diploma legal, que impõe a nulidade da cláusula contratual que exonera a responsabilidade do fornecedor dos serviços.

Não houve, também, a manifestação do D. Tribunal recorrido sobre a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva ao contrato em questão, seja pelo seu reconhecimento no sistema legal norte americano, seja no direito brasileiro, como matéria de ordem pública expressamente prevista no **artigo 2.035, parágrafo único e 422, do Código Civil, motivo pelo qual o V. Acórdão recorrido novamente contrariou a disposição expressa do artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil** (e-STJ fls. 659-660).

Sustenta que, “sobre o manifesto cerceamento de defesa dos Recorrentes” o Tribunal *a quo* “afirmou que ‘*não haveria justificativa legítima para se sobrepor a ordem pública de proteção ao consumidor sobre a própria ordem pública processual*’, contrariando a expressa disposição do prequestionado **artigo 1º, da Lei n. 8.078/1990, artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V, ambos da Constituição Federal**, que autorizam o magistrado apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, sobre as quais não se opera os efeitos da preclusão” (e-STJ fl. 660). Destaca “que não houve preclusão da matéria suscitada pelos Recorrentes, que postularam a produção de provas antes de prolatada a sentença

(fls. 391), ainda na fase instrutória do feito, como prerrogativa conferida pelo *artigo 5º, LV, da Constituição Federal* (e-STJ fls. 660-661) e de acordo com julgados do STJ (REsp n. 423.680-PR, Rel. Ministro *Carlos Alberto Menezes, Terceira Turma*, DJ de 10.3.2003; REsp n. 694.791-RS, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves, Quarta Turma*, DJ de 1º.2.2006; REsp n. 781.050-MG, Rel. Ministro *Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma*, DJ de 26.6.2006). Justifica que “o julgamento antecipado da lide impediu os Recorrentes de comprovarem que não adquiriram o importe financiado e tampouco receberam devidamente o maquinário importado, não obstante o exposto requerimento para realização de prova pericial e testemunhal, diferentemente da jurisprudência colacionada no V. Acórdão recorrido (fls. 564), que trata dos casos em que não há pedido da parte na demanda, inviabilizando o julgamento ‘*extra petita*’” (e-STJ fl. 662).

Afirma que “o contrato em discussão estipulou taxas de juros superiores ao limite constitucional, cuja norma contida no *artigo 192, parágrafo 3º, da CF*, tem plena eficácia sobre os termos ajustados, antes de sua revogação pela emenda Constitucional n. 40/2003 (e-STJ fl. 662). Cita julgados do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (e-STJ fl. 662-663).

Ao final, pedem os recorrentes assim:

Diante do exposto, requer digno-se este Respeitável e Colendo Tribunal dar *total provimento* ao presente *recurso especial*, para que, primeiramente, seja decretada a *nulidade da sentença* de primeiro grau, diante do cerceamento de defesa dos Recorrentes, viabilizando a realização das provas legitimamente postuladas nos autos, por ser matéria de ordem pública, não sujeita à preclusão.

Alternativamente, que seja reformado o V. Acórdão recorrido, reconhecendo-se a aplicação da legislação brasileira ao contrato, especialmente, das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, e a afronta ao princípio da boa-fé objetiva, determinando-se a limitação dos juros contratados, no importe legal de 12% (doze por cento) ao ano, com supedâneo no *artigo 192, parágrafo 3º, da Constituição Federal*, vigente na época da formalização do contrato entre as partes, invertendo-se os ônus da sucumbência, *por ser imperativo da mais equitativa justiça!* (e-STJ fl. 665).

Export-Import Bank of United States – Eximbank apresentou contrarrazões (e-STJ fls. 740-758) e o recurso especial foi admitido na origem (e-STJ fls. 770-775).

O recurso extraordinário manejado pelos ora recorrentes não foi admitido (e-STJ fls. 776-780), decorrendo *in albis* o prazo para interposição de agravo de instrumento para o STF (e-STJ fl. 783).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Na origem, *Export-Import Bank of de United States – Eximbank*, ora recorrido, propôs ação monitória contra *Martiaço Indústria de Artefatos Metálicos Ltda., Mauro Martins, Marcos Martins e Marcelo Martins*, ora recorrentes, asseverando que “a empresa Martiaço celebrou, em 25 de novembro de 1997, *Contrato de Crédito a Prazo Fixo* (Term Credit Agreement) (doc. 02) com o First National Bank of New England, no valor principal de US\$ 261.485,00 (duzentos e sessenta e um mil, quatrocentos e oitenta e cinco dólares americanos), possibilitando o financiamento de 75% do valor de equipamento denominado *Laser para Corte de Metal*” (e-STJ fl. 7). Tal contrato teria sido garantido pelos demais réus como devedores solidários, emitindo-se, ainda, nota promissória representativa do valor contratado, igualmente avalizada pelos demais réus, na qual ficaram estabelecidas as taxas de juros. Explicou o autor, ainda, que “o First National Bank of New England e o Export-Import Bank of United States (‘Eximbank’) firmaram, para garantir o cumprimento do Contrato de Crédito e da Nota Promissória mencionados, no caso de inadimplemento por parte dos devedores, o Contrato de Garantia Mestre n. 0079 *Master Guarantee Agreement*’ (doc. 04), pelo qual restou acertado que o Eximbank pagaria o saldo devedor em caso de inadimplemento dos Réus, tudo devidamente acrescido dos juros estabelecidos contratualmente e na Nota Promissória” (e-STJ fl. 9). Verificada a inadimplência dos devedores desde a primeira parcela, vencida em 27.7.1998, o autor realizou o pagamento ao credor originário, sub-rogando-se “nos direitos de crédito decorrentes do Contrato de Crédito a Prazo Fixo avençado entre o First National Bank of New England e os Réus, por força do Instrumento de Cessão (doc. 06) e do endosso lançado na Nota Promissória” (e-STJ fl. 11). Requereu o autor, assim:

15. Ante o exposto, requer a citação da empresa Martiaço Indústria de Artefatos Ltda., na pessoa de seu representante legal, bem como os Srs. Mauro Martins, Marcos Martins e Marcelo Martins, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, efetuem o pagamento da quantia de R\$ 569.693,41 (quinhentos e sessenta e nove mil, seiscentos e noventa e três reais e quarenta e um centavos), correspondente a US\$ 315.392,47 (trezentos e quinze mil, trezentos e noventa e dois reais e quarenta e oito centavos), valor atualizado até 2 de maio de 2000, como demonstra a anexa Memória de Cálculos (doc. 08), a ser acrescido da taxa de 3.5% ao ano acima da Libor, encargo este a ser calculado *pro rata die* até a data do efetivo pagamento, conforme determina o parágrafo quinto da nota Promissória, além da diferença da variação cambial do dólar norte-americano, desde 2.5.2000, até a data do efetivo pagamento.

16. Outrossim, em caso de não pagamento e de não serem opostos embargos no prazo legal, requer-se a imediata *conversão do mandado inicial em mandado executivo*, nos termos do artigo 1.102c, segunda parte, do CPC, constituindo-se, de pleno direito, título executivo judicial, com a condenação da requerida no pagamento do valor total acima apontado, acrescidos dos encargos contratuais até a data do efetivo pagamento, além das custas processuais e honorários advocatícios (e-STJ fls. 12-13).

Os réus apresentaram embargos à monitória (e-STJ fls. 221-248), julgados improcedentes em primeiro grau, sendo constituído “título executivo judicial o contrato de crédito a prazo fixo de fls. 12-47 e respectiva nota promissória, nos termos do art. 1.102c, § 3º, do CPC, para pagamento de importância monetária (R\$ 569.693,41 – fls. 02-10)” (e-STJ fl. 511)

O TJPR negou provimento à apelação dos ora recorrentes e deu provimento à do ora recorrido, estando o acórdão recorrido assim ementado:

Direito Internacional Privado. Contrato de financiamento internacional. Apelação cível. Ação monitória. Contrato bancário. Financiamento de compra e venda internacional. Eximbank – Export Import Bank of United States. Agência do Governo Norte Americano. Subrogação.

Princípio “*locus regit actum*”. Lei aplicável ao contrato. Obrigação constituída em com previsão de cumprimento no exterior.

Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Contrato regido por legislação estrangeira.

Cerceamento de defesa. Supressão da instrução. Inocorrência. Fato probando irrelevante a solução da causa.

Ordem pública processual. Fato impeditivo do direito do autor. Alegação após encerramento da fase postulatória. Direito do Consumidor. Matéria de ordem pública. Impertinência. Preclusão.

Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade. Relação jurídica privada. Interesses disponíveis. Ausência de previsão legal.

Capitalização de juros. Contrato regido por direito alienígena. Ônus de alegar violação ao direito de regência. Presunção de legitimidade. Princípio “*locus regit actum*”.

Contratos internacionais de financiamento. Juros. Pactuação expressa em contrato. Taxa básica para empréstimos inter-bancários. Libor – Taxa no mercado inglês.

Limitação constitucional de juros. Art. 192, § 3º da Constituição Federal. Não auto-aplicável. Súmula n. 648 do Supremo Tribunal Federal.

Contrato em moeda estrangeira. Previsão de pagamento no exterior. Conversão na data do pagamento.

Recurso de apelação 1 desprovido.

Recurso de apelação 2 provido.

1. Lei aplicável ao contrato – Princípio do “locus regit actum”. Na forma do consagrado postulado do “locus regit actum”, constituída a obrigação no exterior, e estipulado que o seu cumprimento se dará naquela sede, é a lei local que disciplina a relação jurídica. Neste particular, é sintomático que sequer existia a perspectiva do ingresso do capital mutuado no Brasil, posto que os valores seriam imediatamente repassados pelo banco mutuante à empresa exportadora, ambos de nacionalidade norte-americana. Somente se discute este contrato no foro brasileiro para que seja viável a sua cobrança judicial, haja vista que a empresa devedora provavelmente não conta com bens no território norte-americano, para saldar o débito.

2. Código de Defesa do Consumidor. Embora inexista nos autos a demonstração do direito que regia o contrato, é mais que evidente que a regência pela disciplina norte-americana exclui a incidência da legislação brasileira, inclusive do Código de Defesa do Consumidor. Admitir que se surpreenda o credor, que celebrou o contrato em seu domicílio, com legislação protetiva vigente no país do devedor, representaria uma absoluta quebra da segurança das relações comerciais internacionais.

3. Cerceamento de defesa. Para justificar a ausência de pagamento, os embargantes pretendem invocar a “exceptio non adimpleti contractus”. Ocorre que o alegado “fato impeditivo” jamais poderá ser oponível contra o banco norte-americano, que cumpriu com todos os deveres pelos quais se obrigou, isto é, concedeu o montante mutuado no tempo e modo contratados. Até por força do princípio universal da relatividade dos contratos, o eventual vício da mercadoria adquirida é oponível unicamente frente ao exportador, vez que o banco é terceiro em relação ao contrato de compra e venda internacional.

4. Alegação de fato impeditivo – intempestividade. Ainda que fosse aplicável o CDC, não haveria justificativa legítima para se sobrepor a ordem pública de proteção ao consumidor sobre a própria ordem pública processual, vilipendiando garantias constitucionais da parte autora, como as do devido processo legal, do contraditório e da duração razoável do processo (respectivamente, art. 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII, da Constituição Federal). A redação processual se aperfeiçoa de pleno direito a partir da resposta do réu, sendo certo que, a ausência de menção na defesa sobre o fato impeditivo do direito do autor, o exclui do âmbito de apreciação naquele processo. Assim, a matéria não fará parte do controvertido nos autos, sendo absolutamente impertinente que seja levantada após ultimada a fase postulatória.

5. Ministério Público – Intervenção. O caso em análise não se amolda a qualquer das hipóteses constitucionais ou legais em que se exige a participação do órgão ministerial.

6. Capitalização de juros. *Inaplicáveis as disposições legais nacionais acerca da limitação e capitalização e juros, posto que a lei de regência é a estrangeira. Os embargantes não se desincumbiram do ônus de alegar eventual infração à legislação alienígena, razão pela qual, por força do princípio do “locus regit actum”, a relação jurídica é presumidamente legítima.*

7.

8. Limitação Constitucional de juros. *A jurisprudência sobre a não auto-aplicabilidade do já revogado § 3º do artigo 192 da Constituição Federal.*

9. Conversão monetária. *A obrigação foi constituída nos Estados Unidos da América, com previsão de integral cumprimento naquela mesma sede. Nada mais coerente, portanto, que o banco que concedeu o empréstimo em dólares norte-americanos, com previsão de pagamento na mesma moeda, o recebe na exata forma contratada. Diferente fosse, estar-se-ia correndo o risco de onerar o credor com o recebimento de quantia inferior à efetivamente devida, frustrando as expectativas possuía quando aderiu à relação negocial (e-STJ fls. 617-618).*

Os aclaratórios opostos pelos réus na monitória foram rejeitados (e-STJ fls. 643-646), daí a interposição de recurso especial em 10.7.2006.

O recurso especial não merece acolhimento.

I. Arts. 9º, § 6º, e 17 da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB – Lei n. 12.376/2010). Aplicação da lei brasileira ou da lei estrangeira

Segundo os recorrentes, aplica-se ao contrato a legislação brasileira, no caso o CDC, apontando como violado o art. 9º, § 2º, da LICC, com o seguinte teor:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

[...]

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Argumenta, para tanto, que a empresa recorrente, proponente, tem sede no Brasil, onde a lei consideraria constituída a obrigação contratual (§ 2º), sendo irrelevante “que as partes tenham estipulado o foro de eleição do contrato”.

Nesse ponto o Tribunal de origem adotou a seguinte fundamentação:

3. Sustentam os embargantes que seria aplicável ao contrato a lei brasileira, nos moldes do *artigo 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil*. Por esse motivo, incidiria sobre o caso o regime protetivo do Código de Defesa do Consumidor.

3.1. Razão não lhes assiste. Com efeito, do contrato celebrado entre as partes consta de forma expressa que “(...) *as partes contratantes fizeram com que o presente contrato fosse devidamente celebrado e entregue nos Estados Unidos da América na data a princípio consisgnada*” (fls. 21 e 44).

Assim, na forma do consagrado postulado do “*locus regit actum*”, constituída a obrigação nos Estados Unidos da América, será a lei local que disciplinará aquela relação jurídica.

Nem poderia ser diferente; não obstante tenha sido constituída a obrigação naquele país, também não se pode olvidar que a previsão inicial era de que o contrato seria integralmente executado naquele lugar. Neste particular, é sintomático que sequer existia a perspectiva do ingresso do capital mutuado no Brasil, posto que os valores seriam imediatamente repassados pelo banco mutuante à empresa exportadora, ambos de nacionalidade norte-americana.

2.2. A propósito, somente se discute este contrato no foro brasileiro para viabilizar a sua cobrança judicial, haja vista que a empresa devedora provavelmente não conta com bens no território norte-americano, para saldar o débito.

3.3. Não fosse tudo isso suficiente, as próprias partes convencionaram que a relação jurídica seria regida e interpretada em conformidade com a lei do Estado de New York, Estados Unidos da América.

3.4. Posto isso, embora inexista nos autos a demonstração do direito que regia o contrato, é mais que evidente que *a disciplina norte-americana exclui a incidência da legislação brasileira, inclusive do Código de Defesa do Consumidor*.

Nem poderia ser diferente, admitir que se surpreenda o credor, que celebrou o contrato em seu domicílio, com legislação protetiva vigente no país do devedor, representaria uma absoluta quebra da segurança das relações comerciais internacionais.

3.5. Destarte, a eventual abusividade das cláusulas contratuais não pode ser acolhida em face do direito brasileiro, mas sim, do direito material vigente no local onde o negócio foi constituído.

De uma breve análise dos embargos propostos pelos devedores, contudo, verifica-se que em momento algum se alegou a infração da legislação alienígena (e-STJ fls. 621-622).

Não tem razão os recorrentes, incidindo no caso presente, para regular a relação contratual, a legislação estrangeira.

O art. 9º, *caput*, da LICC, quanto às obrigações em geral, impõe a aplicação da lei do país em que se constituírem. O § 2º do mesmo dispositivo, por sua vez, esclarece que, para as relações contratuais, reputa-se constituída a obrigação “no lugar em que *residir* o proponente”.

Destaco, em primeiro lugar, que a norma do § 2º não se refere a domicílio, mas a simples “residência”, o que revela um caráter temporário, vinculado à permanência do signatário em determinado local no momento de propor a celebração de contrato, orientação que mais viabiliza a realização de negócios internacionais, evitando surpresas entre as partes. Sobre o tema, Amílcar de Castro é bastante preciso na interpretação sistemática da norma da LICC, de 1942, confrontando-a com o art. 1.087 do CC/1916, segundo o qual “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”. Confirmam-se, a propósito, as lições do brilhante doutrinador:

“227. Os pós-glosadores, e depois *Waechter*, preconizaram o sistema do *ius loci contractus*, que, a respeito de acordos concluídos no *forum*, confunde-se com o do *ius fori*, já que às regras desse direito se destinam a vigorar aí mesmo e, portanto, aplicam-se a contratos aí constituídos. É o lugar onde se encontram as manifestações de vontade que determina o direito mais próprio para colocar as partes em situações de manifestar livremente seu consentimento e fornecer boas regras de exegese dessa manifestação. Contra a vantagem de sua adoção tem-se afirmado que, em regra, as partes nada sabem de direito, e ainda quando saibam, na maioria dos casos, ao contratarem, nem pensam em direito. E como inconveniente tem-se dito que o lugar onde se forma o contrato pode ser obra de puro acaso, quando, por exemplo, um brasileiro de passagem pelos Estados Unidos se depara ali com um amigo argentino, também a passeio, e nesse encontro fortuito fazem um contrato, que ficará então sendo regulado por direito norte-americano. A esse respeito, com certo humor, *Niboyet* compara os contratantes viajores com as coisas *in transitu*, para chegar à conclusão de que do mesmo modo que as coisas, por se encontrarem em movimento, escapam ao *ius rei sitae*, assim também devem os contratantes ficar à margem do *ius loci contractus*. O inconveniente mais sério é o de ser às vezes difícil localizar o centro de gravidade de um contrato que contenha elementos estranhos; haja vista os que são feitos a distância, por correspondência ou telefone.

228. Para resolver tão tormentoso problema, não se pode deixar de separar a apreciação de contratos mestiços, ou anormais, pertinentes ao *forum*, da atribuição de efeitos a contratos realizados no estrangeiro: em qualquer hipótese, o que se pretende é que as obrigações sejam válidas no *forum*, mas acontece

que umas são prometidas aí, outras em jurisdição estranha, e são diversos os princípios informativos das duas hipóteses. O direito positivo brasileiro, sem fazer distinção clara entre essas duas questões inconfundíveis, consagra a doutrina do *ius loci contractus*. O art. 9º da Lei de Introdução, para qualificar e reger as obrigações, manda observar o direito do país em que se constituírem; portanto, se se constituírem no Brasil, o direito brasileiro será observado quanto à forma e quanto ao fundo (*ius fori*).

229. Procurando contornar a dificuldade de localização ou centro de gravidade de contratos feitos a distância, o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução, reproduz o art. 1.087 do Código Civil, e assim só pode ser visto como regra de qualificação preliminar da questão de direito internacional privado. Foi mal colocado entre normas de direito internacional privado; deveria continuar entre as regras de direito privado, já que se refere diretamente à constituição da obrigação, sendo por isso mesmo direito primário. Há aparente divergência de relação, pois, enquanto o art. 1.087 fala que o contrato se reputa celebrado no lugar em que foi proposto, o art. 9º, § 2º, dispõe que a obrigação resultante de contrato se reputa constituída no lugar em que residir o proponente; divergência aparente, porque o verbo residir tem dois sentidos: significa estabelecer morada ordinária, morar, ter sede, mas significa também achar-se, ser, estar, e com este último sentido é que se encontra no art. 9º, § 2º. Lugar em que residir o proponente quer dizer lugar onde estiver o proponente. A pessoa pode ter residência, morada, no estrangeiro, e propor contrato no Brasil; e o que o art. 1.087 do Código Civil e o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução têm em vista é o lugar onde foi feita a proposta. Se for feita no Brasil, aqui se considerará constituída a obrigação, e pelo direito brasileiro é que deverá ser regida no fundo e na forma. O § 2º não abre exceção, e sim apenas esclarece e confirma o que dispõe o art. 9º, mantendo a mesma regra do art. 13 da antiga Introdução ao Código Civil" (Direito Internacional Privado. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 373-376).

Em sentido semelhante, Oscar Tenório leciona:

877 – Para as obrigações convencionais, a lei a aplicar é a da residência do proponente. Não adotou o direito internacional privado brasileiro a regra do domicílio do proponente. Afastou-se do sistema rígido domiciliar, porque, realmente, não se justifica o critério domiciliar aplicável aos contratos, a não ser no âmbito limitado da capacidade para contrair obrigações.

A residência como elemento de conexão é mais adequada à mobilidade dos negócios realizados às vezes fora do domicílio dos contratantes.

Em sentido muito elástico, devemos considerar o dado *residência*. Caracteriza-se por sua eventualidade, sua transitoriedade. *Amílcar de Castro* bem se apercebeu da finalidade do elemento conexional da obrigação convencional, ao esclarecer que, lugar em que residir o proponente, quer dizer "lugar onde estiver o proponente". Tem em vista a Lei de Introdução o lugar onde foi feita a proposta.

Não nos devemos ater a um rigoroso critério jurídico da residência. A residência, em face da regra de conflito em exame, é um simples fato, o do lugar da proposta? A pretendermos uma qualificação jurídica, estaríamos a criar dificuldades aos negócios.

Não há dúvida que a transitoriedade a que nos referimos tem de ser relativa. A residência, segundo opina *Serpa Lopes*, deve atender a sua finalidade, isto é, conformar-se com a sua própria função como elemento localizador da sede do contrato (Direito Internacional Privado. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., vol. II, p. 182-183).

Citem-se, por último, as lições de Maria Helena Diniz:

Há uma aparente contradição entre o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução e o art. 435 do Código Civil. Enquanto o art. 435, que é de direito interno, atendo-se ao problema de as partes terem residência no Brasil, reputa celebrado o contrato no lugar em que foi proposto, o art. 9º, § 2º, alude ao local em que residir o proponente, sendo aplicável quando os contratantes estiverem em Estados diferentes. Ora, o verbo “residir” significa “estabelecer morada” ou “achar-se em”, “estar”, e é nesta última acepção que está sendo empregado no art. 9º, § 2º, logo, o lugar em que residir o proponente significa onde estiver o proponente. Os arts. 435 do Código Civil e 9º, § 2º, da Lei de Introdução visam o local onde foi feita a proposta; logo um está a confirmar o outro.

O art. 9º, § 2º, alude à obrigação convencional contratada entre ausentes, que se regerá pela lei do país onde residir o proponente, pouco importando o momento e o local da celebração contratual. A lei a aplicar será a do lugar da residência do proponente, ou melhor, a do local onde foi feita a proposta, não adotando, portanto, a norma de direito internacional privado a *lex domicilii* do proponente. Afastou ela o critério domiciliar por entender que o elemento de conexão “residência” seria mais adequado à mobilidade negocial, uma vez que os negócios efetivam-se, não raro, fora do domicílio dos contratantes. A residência indicaria tão somente a lei do lugar da proposta. Os contratos *inter presentes* dependerão, por sua vez, como vimos, na seara internacional, da lei do lugar onde forem contraídos, não se considerando a nacionalidade, o domicílio ou a residência dos contratantes. Nos contratos por correspondência, em regra, as partes indicam o local da celebração do contrato, declarando qual das partes é o proponente, pois reputar-se-ão constituídos no lugar onde este residir, e a lei desse local será a competente para qualificar e reger as obrigações contratuais avençadas. Há, portanto, uma presunção *jure et de jure* de considerar os negócios *inter absentes* constituídos no lugar em que o proponente tiver sua residência, ainda que acidental, pouco importando a *lex loci actum* e a lei domiciliar ou nacional do proponente ou do aceitantes (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333-334).

No caso concreto, conforme extraído do acórdão recorrido, o que se tem é que o contrato de financiamento foi celebrado nos Estados Unidos da América e a importância respectiva seria repassada diretamente à empresa estrangeira exportadora do equipamento para o Brasil, da qual a recorrente, *Martiaço Indústria de Artefatos Metálicos Ltda.*, adquiriu o equipamento de corte. Ou seja, o contrato de financiamento foi celebrado no exterior e para lá ser cumprido. Por outro lado, inexistindo esclarecimentos a respeito de como e onde foram realizadas as tratativas iniciais, não há como afastar a conclusão de que a proposta e as negociações foram igualmente apresentadas e concluídas no exterior, onde finalizado o contrato, atraindo a aplicação da legislação estrangeira, aliás, na forma imposta no próprio contrato.

Com isso, na melhor interpretação do art. 9º, § 2º, da LICC, não há como deixar de aplicar a legislação estrangeira na relação contratual, estando evidente que a cláusula contratual que impôs a incidência das leis de Nova York apenas confirmou a orientação contida no referido diploma legal, sendo irrelevante discutir se pode, ou não, a parte abrir mão, contratualmente, da legislação brasileira.

O recurso especial, portanto, sobre esse tema, deve ser desprovido.

II. Art. 3º, parágrafo 2º, da Lei n. 8.078/1990. Requerimento de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Vício do produto

Os recorrentes não se conformam, também, com o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem no tocante aos supostos “vícios do produto”, sendo oportuno extrair do acórdão as seguintes passagens:

Dos vícios do produto

5. Sem razão os embargantes. Os mencionados vícios do produto adquirido não foram alegados quando da propositura dos embargos, sendo certo que sequer fazem parte destes autos.

5.1. Não prospera a alegação dos embargantes, no sentido de que a alegação de vício do produto desafia a aplicação das normas de direito do consumidor, que, por serem matéria de ordem pública, podem ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Em primeiro lugar, repita-se, a incidência do direito do consumidor é excluída pela aplicabilidade do direito alienígena, conforme preleciona o princípio do “*locus regit actum*”.

Mesmo que se considerasse aplicável a lei nacional, ainda assim a teoria da responsabilidade pelo vício do produto não seria oponível no presente caso; a relação jurídica de direito do consumidor pressupõe a participação de uma parte *fornecedora* e outra *consumidora*, relacionadas em torno da prestação de um *serviço* ou do fornecimento de um *produto*. O contrato em análise, todavia, não vincula o autor ao produto alegadamente viciado, haja vista que este foi fornecido por terceiro.

Em suma, a relação que envolve as partes litigantes diz respeito unicamente ao serviço prestado pelo banco norte-americano, que posteriormente cedeu a sua posição contratual para o requerente (e-STJ fls. 623-624).

Com efeito, a Corte local fundamentou-se na ausência de alegação do tema (vícios do produto) na petição dos embargos à monitória – questão discutida no próximo tópico deste voto (item *III*) –, na incidência da legislação internacional em detrimento da nacional e, apenas como *obiter dictum*, no fato de o contrato de financiamento não vincular o “autor” ao produto supostamente viciado.

Os recorrentes entendem que o Tribunal de origem, “ao afirmar que o contrato não vincula o mutuante ao produto viciado, contraria os termos do próprio acordo, pois seu objeto expressamente prevê que o financiamento seria utilizado exclusivamente para a importação do referido equipamento, conforme, inclusive, demonstra a carta de crédito emitida pela Instituição Financeira mutuante, autorizando a transferência do numerário diretamente à empresa exportadora” (e-STJ fl. 658). Afirmam que, em decorrência da referida vinculação, incidiria o CDC.

Sob outro enfoque, asseveram os recorrentes que, “ainda que não se vislumbrasse a vinculação do maquinário ao contrato de concessão de crédito, o V. Acórdão recorrido também negou vigência ao *artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei n. 8.078/1990*, pois o D. Juízo ‘*a quo*’ reconheceu que os serviços foram prestados por Instituição Financeira, que se enquadra no conceito de fornecedora, conforme consignado no citado dispositivo legal, cuja matéria foi suficientemente prequestionada no recurso de Apelação, e segundo corroborado pelo entendimento jurisprudencial sobre o tema e pela Súmula n. 297, do STJ” (e-STJ fl. 659).

Sem razão os recorrentes.

Acerca da tese de que o contrato vincularia o mutuante ao produto defeituoso, os recorrentes não apontam qual artigo de lei federal teria sido violado, cingindo-se a concluir que o Tribunal de origem decidiu de forma

contrária aos “termos do próprio contrato” e da “carta de crédito emitida pela Instituição Financeira”. Nessa parte, incide as vedações contidas nos Enunciados n. 284 da Súmula do STF e n. 5 e 7 da Súmula do STJ.

Quanto à apontada violação do art. 3º, § 2º, do CDC, dois fundamentos a afastam. Primeiro porque, na forma concluída no item “I” acima, a relação contratual é disciplinada pela legislação norte-americana. Em segundo lugar, não se está diante de uma relação de consumo, tendo em vista que os recorrentes não são considerados consumidores.

Nos termos do art. 2º, *caput*, do CDC, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A expressão “destinatário final”, por sua vez, deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o CDC, qual seja, proteger o consumidor final porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo.

Evidentemente, sob esse enfoque, não se pode considerar destinatário final aquele que, de alguma forma, com propósito meramente comercial, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização. Confira-se, a respeito, a lição de CLÁUDIA LIMA MARQUES:

Para os *finalistas*, como eu, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, conviria delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não necessita dela, quem é consumidor e quem não é. Os finalistas propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básico do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º.

Destinatário final seria aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. 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 do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o

não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Parece-me que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurada um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.

As exceções, sempre nesta visão teleológica, devem ser estudadas pelo Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, uma vez que a vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica e informacional, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade (uma farmácia); interpretar o art. 2º de acordo com o *fim da norma*, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais. Note-se que neste caso se presume que a pessoa física seja sempre consumidora frente a um fornecedor e se permite que a pessoa jurídica vulnerável prove sua vulnerabilidade (Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 68-69).

Seguindo a orientação acima, esta Corte Superior tem afastado a lei protetiva nos casos de financiamento bancário ou de aplicação financeira com o propósito de ampliar capital de giro e de fomentar a atividade empresarial. É que o capital obtido da instituição financeira, evidentemente, destina-se, apenas, a fomentar a atividade industrial, comercial ou de serviços e, com isso, incrementar os negócios e o lucro. Daí que a tais operações não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pela ausência da figura do consumidor, definida no art. 2º do referido diploma. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Repetição de indébito. Financiamento empresarial. CDC. Inaplicabilidade. Alteração da conclusão do Tribunal de origem. Reexame do contexto fático-probatório. Inviabilidade. Restituição em dobro. Inexistência de má-fé. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Juros moratórios. Ausência de prequestionamento do artigo apontado como violado. Súmulas n. 282 e 356-STF. Aplicação. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. A jurisprudência deste Sodalício é uníssona quanto a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos casos em que o financiamento obtido pelo empresário for destinado precipuamente a incrementar sua atividade negocial, não podendo ser qualificado como destinatário final, porquanto inexistente a pretendida relação de consumo. Precedentes.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 386.182-AP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 28.10.2013).

Processual Civil. Contrato bancário. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental no agravo em recurso especial. Excesso de execução. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Mútuo bancário para obtenção de capital de giro. Inaplicabilidade do CDC. Decisão mantida.

[...]

3. A empresa que celebra contrato de mútuo bancário com a finalidade de obtenção de capital de giro não se enquadra no conceito de consumidor final previsto no art. 2º do CDC. Precedente.

4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 71.538-SP, desta Relatoria, Quarta Turma, DJe de 4.6.2013).

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Ação de revisão de contrato de financiamento para aquisição de franquia cumulada com repetição de indébito. Relação de consumo. Inexistência.

1.- Conforme entendimento firmado por esta Corte, o critério adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.

2.- No caso dos autos, em que se discute a validade das cláusulas de dois contratos de financiamento em moeda estrangeira visando viabilizar a franquia para exploração de Restaurante "Mc Donald's", o primeiro no valor de US\$ 368.000,00 (trezentos e sessenta e oito mil dólares) e o segundo de US\$ 87.570,00 (oitenta e sete mil, quinhentos e setenta dólares), não há como se reconhecer a existência de relação de consumo, uma vez que os empréstimos tomados tiveram o propósito de fomento da atividade empresarial exercida pelo recorrente, não havendo, pois, relação de consumo entre as partes.

3.- Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.193.293-SP, Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 11.12.2012).

Contrato de *factoring*. Recurso especial. Caracterização do escritório de *factoring* como instituição financeira. Descabimento. Aplicação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor à avença mercantil, ao fundamento de se tratar de relação de consumo. Inviabilidade.

1. As empresas de *factoring* não são instituições financeiras, visto que suas atividades regulares de fomento mercantil não se amoldam ao conceito legal, tampouco efetuam operação de mútuo ou captação de recursos de terceiros. Precedentes.

2. “A relação de consumo existe apenas no caso em que uma das partes pode ser considerada destinatária final do produto ou serviço. Na hipótese em que produto ou serviço são utilizados na cadeia produtiva, e não há considerável desproporção entre o porte econômico das partes contratantes, o adquirente não pode ser considerado consumidor e não se aplica o CDC, devendo eventuais conflitos serem resolvidos com outras regras do Direito das Obrigações”. (REsp n. 836.823-PR, Rel. Min. *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, DJ de 23.8.2010).

3. Com efeito, no caso em julgamento, verifica-se que a ora recorrida não é destinatária final, tampouco se insere em situação de vulnerabilidade, porquanto não se apresenta como sujeito mais fraco, com necessidade de proteção estatal, mas como sociedade empresária que, por meio da pactuação livremente firmada com a recorrida, obtém capital de giro para operação de sua atividade empresarial, não havendo, no caso, relação de consumo.

4. Recurso especial não provido (REsp n. 938.979-DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 29.6.2012).

Embargos declaratórios. Efeito infringente. Recebimento como agravo regimental. Recurso especial. Cédulas rurais. Incidência da legislação consumerista. Destinatário final. Não caracterização. Súmula n. 7-STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

1. Desqualifica a condição de consumidor final a utilização dos recursos obtidos mediante financiamento por meio de cédulas rurais para a compra de insumos e o fomento da produção.

[...]

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento (EDcl no REsp n. 1.171.343-DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 27.9.2011).

No caso presente, a empresa *Martiaço Indústria de Artefatos Metálicos Ltda.*, ora recorrente, obteve financiamento internacional para a aquisição de equipamento denominado “Laser para Corte de Metal”, objetivando fomentar a sua atividade industrial. Tal situação, na linha da jurisprudência referida, afasta a incidência do CDC.

Por outro lado, a pretendida vinculação da aquisição do equipamento ao contrato de financiamento nada muda. Conforme dito acima, a aquisição do equipamento de corte a *laser* destina-se a ampliar a prestação de serviços pela empresa recorrente, incrementar a atividade industrial e aumentar os lucros. Sob esse enfoque, esta Turma, ao julgar o REsp n. 1.162.649-SP em 13.5.2014, no qual fui designado para lavrar o acórdão, decidiu que a importação de equipamento de *raio x* por um determinado hospital visa a incrementar a

atividade econômica hospitalar, não havendo como considerar a importadora destinatária final do ato complexo de importação nem dos atos e contratos intermediários, entre eles o contrato de transporte, para os propósitos da tutela protetiva da legislação consumerista.

Finalmente, não se desconhece que esta Corte tem atenuado a incidência da teoria finalista, aplicando o Código de Defesa de Consumidor quando, apesar de relação jurídico-obrigacional entre comerciantes ou profissionais, estiver caracterizada situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência. Confira-se, *v.g.*:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Venda pela *internet*. Cartão de crédito clonado. Inaplicabilidade do Código Consumerista. Interpretação de cláusula contratual e reexame de provas. Descabimento. Súmulas STJ n. 5 e 7. Decisão agravada mantida. Improvimento.

1.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade, hipótese não observada caso dos autos.

[...]

3.- Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp n. 328.043-GO, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 328.043/GO).

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Embargos à execução em cédula de crédito bancário. Decisão monocrática que negou provimento ao agravo, mantendo hígida a decisão de inadmissibilidade do recurso especial.

Irresignação da executada.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica.

O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfrentamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da Súmula n. 7-STJ. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido (Edcl no AREsp n. 265.845-SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 1º.8.2013).

Direito Civil e Processual Civil. Código de Defesa do Consumidor para proteção de pessoa jurídica. Teoria finalista aprofundada. Requisito da vulnerabilidade não caracterizado. Exigibilidade de obrigação assumida em moeda estrangeira. Fundamento do acórdão não atacado.

1.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

2.- No caso dos autos, tendo o Acórdão recorrido afirmado que não se vislumbraria a vulnerabilidade que inspira e permeia o Código de Defesa do Consumidor, não há como reconhecer a existência de uma relação jurídica de consumo sem reexaminar fatos e provas, o que veda a Súmula n. 7-STJ.

[...]

4.- Agravo Regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.149.195-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 1º.8.2013).

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Teoria finalista. Destinatário final. Não enquadramento. Vulnerabilidade. Ausência. Reexame de fatos e provas. Recurso especial. Súmula n. 7-STJ.

[...]

2. Consoante jurisprudência desta Corte, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva).

3. Esta Corte tem mitigado a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica.

4. Tendo o Tribunal de origem assentado que a parte agravante não é destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente, é inviável a pretensão deduzida no apelo especial, uma vez que demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que se sabe vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7 desta Corte.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (EDcl no Ag n. 1.371.143-PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 17.4.2013).

No presente caso, entretanto, uma indústria que adquire e importa equipamento com valor superior a US\$ 261.485,00 (duzentos e sessenta e

um mil, quatrocentos e oitenta e cinco dólares americanos) não revela vulnerabilidade ou hipossuficiência, na forma da jurisprudência desta Corte, para efeito de conceder-lhe os mesmos benefícios previstos no CDC em favor, exclusivamente, do consumidor – destinatário final do produto ou serviço.

Enfim, por todos os fundamentos acima, não se pode acolher a alegada violação do art. 3º, § 2º, do CDC nem dissídio jurisprudencial.

III. Art. 535 do CPC. Omissões

Sustentam os recorrentes, nessa parte, que o Tribunal de origem teria deixado de se manifestar sobre (i) a hipossuficiência para efeito da inversão do ônus da prova disciplinada no art. 6º, VIII, do CDC; (ii) o art. 51, § 1º, III, do CDC, que imporia a nulidade da cláusula contratual que exonera a responsabilidade do fornecedor dos serviços; (iii) a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva, “seja pelo seu reconhecimento no sistema legal norte americano, seja no direito brasileiro, como matéria de ordem pública expressamente prevista no *artigo 2.035, parágrafo único e 422, do Código Civil*” (e-STJ fls. 659-660).

As omissões apontadas, entretanto, não estão caracterizadas.

Quanto aos dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, não seria necessária qualquer manifestação por parte do Tribunal de origem, tendo em vista que foi reconhecida a aplicação, exclusivamente, da legislação estrangeira, o que basta para deixar de aplicar as normas codificadas no Brasil.

Relativamente ao princípio da boa-fé objetiva à luz do “sistema legal norte americano”, igualmente não revela omissão. De fato, o Tribunal de origem entendeu que deveriam os recorrentes especificar o diploma estrangeiro violado. Confira-se, a propósito, a seguinte passagem do acórdão da apelação:

3.5. Destarte, a eventual abusividade das cláusulas contratuais não pode ser acolhida em face do direito brasileiro, mas sim, do direito material vigente no local onde o negócio foi constituído.

De uma breve análise dos embargos propostos pelos devedores, contudo, verifica-se que em momento algum se alegou a infração da legislação alienígena.

Assim, é de se crer que os embargantes deixaram de satisfazer o *ônus* de alegar eventual irregularidade do contrato em face do direito material alienígena, razão pela qual este é presumidamente legítimo.

O postulado do “*locus regit actum*” faz surgir a presunção da regularidade dos atos praticados no exterior, cabendo à parte interessada o *ônus de alegar* (e, oportunamente, de provar) a desconformidade entre o ato praticado e o direito de regência (e-STJ fl. 622).

IV. Arts. 1º do CDC, 5º, XXXII e LV, e 170, V, da CF. Produção de provas

Acerca desse ponto, afirma que “o D. Tribunal recorrido manteve os termos da r. Sentença monocrática, alegando que os vícios do produto não foram suscitados no momento da propositura dos embargos e que não se aplicam ao caso as regras do Código de Defesa do Consumidor” (e-STJ fl. 660), e que, “sobre o manifesto cerceamento de defesa dos Recorrentes, este D. Juízo afirmou que *‘não haveria justificativa legítima para se sobrepor a ordem pública de proteção ao consumidor sobre a própria ordem pública processual’*, contrariando a expressa disposição do prequestionado *artigo 1º, da Lei n. 8.078/1990, artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V, ambos da Constituição Federal*, que autorizam o magistrado apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, sobre as quais não se opera os efeitos da preclusão” (e-STJ fl. 660). Sustentam, então, “que não houve preclusão da matéria suscitada pelos Recorrentes, que postularam a produção de provas antes de prolatada a sentença (fls. 391), ainda na fase instrutória do feito, como prerrogativa conferida pelo *artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal*” (e-STJ fls. 660-661). Citaram julgados sobre o cerceamento do direito de defesa (e-STJ fl. 661) e concluíram que “o julgamento antecipado da lide impediu os Recorrentes de comprovarem que não adquiriram o importe financiado, e tampouco receberam devidamente o maquinário importado, não obstante o exposto requerimento para realização de prova pericial e testemunhal” (e-STJ fl. 662).

Também não merece prosperar o recurso especial nessa parte.

Inicialmente, descabe ser apreciada em recurso especial a eventual afronta a dispositivos da Constituição Federal.

Quanto ao art. 1º do CDC, além de não ser aplicável na presente demanda pelas razões já expostas – incidência da legislação estrangeira e descaracterização de relação de consumo – apenas dispõe:

Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

O Tribunal de origem, por sua vez, fundamentou-se no fato de que as partes, devidamente representada por seus advogados, teriam dispensado a produção de outras provas e no entendimento de que as provas requeridas seriam inúteis diante do contexto fático-jurídico apresentado. Confira-se o texto do acórdão:

Da preclusão

7. Para que dúvidas não sobrevivam nesse sentido, também é importante mencionar que *as partes foram regularmente intimadas para que especificassem as provas que desejariam produzir* (fls. 383).

É bem verdade que, em um primeiro momento, os embargantes efetivamente atenderam ao mencionado despacho, e solicitaram a produção de provas (fls. 391). Entretanto, ficou expressamente consignado na ata da audiência de conciliação, realizada às fls. 405, que, *“questionada a requerida sobre o petítório de fls. 391, ambos os procuradores informaram ao Juízo que não pretendem produzir qualquer tipo de prova. Caso negativa a tentativa de acordo, voltem os autos conclusos, para julgamento antecipado”*.

Assim, expressamente dispensadas as provas pelas partes, o juiz optou pelo julgamento antecipado da lide já por ocasião da audiência de conciliação, *sendo que nenhuma das partes manifestou oportuna impugnação recursal*. Por esse motivo, parece evidente que a questão já não mais pode ser discutida, até porque *a matéria já se encontra preclusa de pleno direito*.

“Exceptio non adimpleti contractus”

8. Por fim, observe-se que os fatos que os embargantes pretendem comprovar por meio do alongamento probatório são absolutamente impertinentes ao deslinde da controvérsia dos autos.

Alegam como *“fato impeditivo”* do direito postulado pelo credor a circunstância de que o maquinário adquirido com o capital mutuado foi entregue com defeitos. Em outras palavras, para justificar a ausência de pagamento, os embargantes pretendem invocar a *“exceptio non adimpleti contractus”*.

Ocorre que o alegado *“fato impeditivo”* jamais poderá ser oponível contra o banco norte-americano, que cumpriu com todos os deveres pelos quais se obrigou, isto é, concedeu o montante mutuado no tempo e modo contratados.

Até por força do princípio universal da *relatividade dos contratos*, o eventual inadimplemento de terceiro não pode ser invocado para justificar a ausência de pagamento, sendo, acaso efetivamente existam os alegados vícios no maquinário, cumpre aos embargantes reivindicar o exportador os direitos que entenderem possuir.

Neste particular, o próprio contrato de mútuo exonera o credor de quaisquer responsabilidades pelo inadimplemento do exportador, na forma de sua *Cláusula n. VI – “C” – Exoneração de Responsabilidade* (fls. 42).

8.1. Por tudo isso, as provas intempestivamente solicitadas são até mesmo inúteis para a solução da lide, razão pelo qual, também por este fundamento, não merece acolhida a alegação de que houve *cerceamento de defesa* (e-STJ fl. 625-627).

O art. 1º do CDC, portanto, indicado como violado, é impertinente, não alcançando a questão jurídica enfrentada nem a motivação contida no acórdão recorrido, o que afasta a alegada afronta ao diploma consumerista.

Os precedentes colacionados pelos recorrentes relativamente ao cerceamento do direito de defesa (REsp n. 423.680-PR, Rel. Ministro *Carlos Alberto Menezes*, *Terceira Turma*, DJ de 10.3.2003; REsp n. 694.791-RS, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, *Quarta Turma*, DJ de 1º.2.2006; REsp n. 781.050-MG, Rel. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, *Quarta Turma*, DJ de 26.6.2006) não guardam a necessária semelhança fático-processual com o acórdão recorrido.

V. Limitação constitucional dos juros. Art. 192, § 3º, da CF. Contrato celebrado antes da Emenda Constitucional n. 40/2003

Sustentam os recorrentes que “o contrato em discussão estipulou taxas de juros superiores ao limite constitucional, cuja norma contida no artigo **192, parágrafo 3º, da cf**, tem plena eficácia sobre os termos ajustados, antes de sua revogação pela emenda Constitucional n. 40/2003” (e-STJ fl. 662). Acerca da matéria, reproduz ementas de acórdãos do TJMS, segundo os quais o referido dispositivo constitucional seria auto-aplicável (e-STJ fls. 662-663).

O Tribunal de origem, por sua vez, explicitou que, “em relação à suposta limitação constitucional dos juros, já é ponto pacífico na jurisprudência a não-aplicabilidade do então vigente § 3º, do artigo 192 da Constituição Federal, entendimento consolidado pela *Súmula n. 648 do eg. Supremo Tribunal Federal*” (e-STJ fl. 628).

A questão posta, de natureza exclusivamente constitucional, não pode ser apreciada em recurso especial, o qual não merece ser conhecido nesta parte.

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

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Nadia de Araujo¹

Daniela Trejos Vargas²

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

Uma empresa brasileira, desejando adquirir de um fornecedor nos Estados Unidos um equipamento industrial de alto valor, conseguiu um financiamento junto a um Banco comercial norteamericano, dentro de uma linha de crédito de fomento a exportações do Banco Norteamericano de fomento às exportações (Export-Import Bank of the United States - EXIMBANK), para financiar 75% do valor do equipamento.

O contrato entre a empresa brasileira e o Banco norteamericano foi celebrado nos Estados Unidos, tendo como garantia uma nota promissória representativa do valor contratado, acrescido dos juros, avalizada pelos sócios pessoas físicas.

Além da garantia pessoal, o contrato contava com uma garantia do EXIMBANK (Contrato de Garantia Mestre), por meio do qual o EXIMBANK se comprometia a pagar o saldo devedor do contrato no caso de inadimplemento da empresa brasileira.

O contrato de compra e venda é concluído, o Banco faz o pagamento diretamente ao fabricante em nome da empresa adquirente brasileira, e o equipamento é exportado para o Brasil.

A empresa brasileira logo se tornou inadimplente no contrato de financiamento, e o EXIMBANK honrou a garantia outorgada, subrogando-se na posição de credor não apenas do contrato principal por meio de um contrato de cessão, mas também da Nota Promissória por meio de endosso. Em seguida, para poder receber os valores devidos, o EXIMBANK optou por cobrar a dívida no Brasil.

¹ Mestre em Direito Comparado, George Washington University, Doutora em Direito Internacional, USP, Professora da PUC-Rio, advogada.

² Mestre em Direito Público, PUC-Rio, Doutora em Direito Civil, UERJ, Professora da PUC-Rio

O contrato havia sido firmado pelas partes nos Estados Unidos, e continha uma cláusula de foro e uma cláusula de lei aplicável, indicando o foro de NY e a lei do Estado de NY. Tanto o contrato como a nota promissória tinham como local de cumprimento os Estados Unidos e não o Brasil, razão pela qual foi necessária a propositura de uma ação monitória para obtenção de um título passível de execução no Brasil.

Os devedores questionam essa cobrança por meio de embargos à monitória, sob a alegação de que o equipamento apresentou defeitos desde o início da operação, cabendo assim a *exceptio non adimpleti contractus*. Ademais, deveria ser aplicado o direito brasileiro, no caso o Código de Defesa do Consumidor, pelo fato dos devedores serem empresa e pessoas físicas com sede e residência no Brasil.

O juízo de primeiro grau acolheu a pretensão do EXIMBANK, sendo constituído título executivo judicial no valor agregado do principal e dos juros devidos nos termos do contrato de mútuo e da nota promissória. Em apelação, o Tribunal de Justiça do Paraná confirmou o entendimento do primeiro grau. Os embargos de declaração na monitória foram igualmente rejeitados, tendo sido interposto Recurso Especial. No STJ, o acórdão foi relatado pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, tendo a Turma conhecido parcialmente o Recurso Especial e negado provimento ao mesmo, por unanimidade, seguindo o voto do relator, e confirmando desta forma a regularidade da cobrança da dívida no Brasil, a aplicação do direito norteamericano, e a não-aplicação do CDC ao caso concreto.

O cerne da discussão é a lei aplicável ao contrato e a correta interpretação do parágrafo 2º do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro apenas aos contratos entre ausentes. No entanto, outros assuntos também são abordados no acórdão em comento: a não-incidência do CDC em contratos de financiamento contratados no exterior; o uso da residência como elemento de conexão no direito brasileiro; as condições para execução no Brasil de título extrajudicial estrangeiro, e a necessidade da parte que alega direito estrangeiro em juízo trazer a comprovação do seu texto e vigência.

No que diz respeito ao direito consumerista, e a despeito de reiterar a não-aplicação do direito brasileiro ao caso, o acórdão invoca a teoria finalista e a ausência de hipossuficiência para afastar definitivamente qualquer pretensão de aplicação do CDC. Tampouco considerou o STJ procedente a tese da ofensa à

ordem pública invocada pelos devedores, baseada no cerceamento do direito de defesa por não-acolhimento da tese da exceção de contrato não-cumprido³.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Para poder cobrar a dívida da empresa brasileira, o autor estrangeiro teve que recorrer ao Judiciário brasileiro, a despeito de haver uma cláusula de foro no contrato indicando Nova York. O autor amparou-se no artigo 88, I do Código de Processo Civil, que estabelece a competência da justiça brasileira sempre que o réu for domiciliado no país. O atual entendimento a respeito da cláusula de foro estrangeiro é de que não excluem a competência concorrente da autoridade judiciária brasileira, podendo sempre ser proposta ação no Brasil quando o réu é domiciliado no país.

Pelo princípio da efetividade, se o devedor é empresa estrangeira e não tem bens naquele país, a propositura de uma cobrança nos Estados Unidos para, em um segundo momento, homologar a sentença estrangeira no Brasil retardaria ainda mais o recebimento do crédito devido.

Os dois títulos executivos extrajudiciais existentes – contrato de mútuo e nota promissória – tinham como local de cumprimento os Estados Unidos. Nos termos do artigo 585 §2o do Código de Processo Civil – dispositivo que é mantido na nova redação do Código⁴ – os títulos executivos extrajudiciais estrangeiros, para terem eficácia executiva no Brasil, precisam indicar o Brasil como lugar de cumprimento da obrigação. Não sendo esse o caso, o caminho a ser percorrido pelo credor que pretende executar uma dívida no Brasil é a ação monitória⁵ para constituição de um título executivo judicial, tendo como prova escrita da dívida os documentos comprobatórios da dívida e do seu não-pagamento.

³ Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

⁴ Art. 783. § 3 O título estrangeiro só terá eficácia executiva quando satisfeitos os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e quando o Brasil for indicado como o lugar de cumprimento da obrigação. (Lei 13.105 de 16.03.2015)

⁵ Art. 1.102.a - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

A grande *quaestio iuris* do acórdão diz respeito à interpretação e alcance das regras de conexão sobre lei aplicável aos contratos. O artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶ (LINDB, antiga LICC) contém duas regras distintas para determinar a lei aplicável aos contratos internacionais: uma para o contrato entre presentes (*caput*) e outra para o contrato entre ausentes (§2º). No contrato entre presentes, a lei aplicável é a do local onde o contrato foi firmado, independentemente da residência, domicílio ou nacionalidade das partes contratantes. Se o local de contratação admite a autonomia da vontade para escolha da lei aplicável, e existe escolha expressa no contrato, não se aplicará a lei do local onde as obrigações foram constituídas.

No contrato entre ausentes, o contrato é constituído de uma proposta e da aceitação da mesma. Para esta hipótese, diz o legislador brasileiro que “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”. Por ser uma regra que se aplica indistintamente a pessoas físicas e jurídicas, o legislador adota o conceito de residência e não o conceito mais restrito de domicílio, utilizado, por exemplo, no artigo 7º da mesma LINDB. Nas palavras de Oscar Tenório, citado no acórdão, o legislador fez bem de afastar-se “do sistema rígido domiciliar” o qual não se justifica “a não ser no âmbito limitado de contrair obrigações. A residência como elemento de conexão é mais adequada à mobilidade dos negócios realizados às vezes fora do domicílio dos contratantes”⁷.

O caso concreto objeto do acórdão não era de um contrato entre ausentes. As partes negociaram os termos da contratação, e o contrato de financiamento e a Nota Promissória foram assinados pela empresa tomadora do empréstimo e pelos devedores solidários em Nova York. A cláusula de lei aplicável indicando a aplicação das leis de Nova York reitera a regra prevista no *caput* do artigo 9º da LINDB.

Nos contratos entre presentes, a regra é a *lex loci contractus*, consagrada no *caput* do artigo 9º da LINDB. Tendo sido o contrato firmado no exterior, aplica-se a lei do local da sua constituição e não a lei da residência do proponente.

⁶ Artigo 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1 Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. §2 A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Lei n. 12.376/2010.)

⁷ Direito Internacional Privado, 8ª ed., Ed. Freitas Bastos, vol. II pp.182-193 apud p. 17 do acórdão.

Desta forma, a lei brasileira não será aplicável a contratos que sejam concluídos no exterior por pessoas jurídicas e pessoas físicas residentes no Brasil. Para que a lei brasileira fosse aplicável, seria necessário incluir uma cláusula expressa indicando-a como lei aplicável. No entanto, ainda diverge a doutrina e a jurisprudência acerca da validade desta cláusula. Isso porque, ao contrário da Lei de Arbitragem, Lei 9307/1996, que em seu artigo 2º. permite expressamente a escolha da lei pelas partes, o silêncio a respeito do artigo 9º não possibilita uma interpretação extensiva que acolha o princípio.⁸

Não se configurando uma hipótese de hipossuficiência, o STJ em sua jurisprudência⁹ já pacificou o entendimento de que não se aplica o CDC aos casos de financiamento bancário, pela ausência da figura do consumidor definida no artigo 2º, não havendo motivo para deixar de aplicar o direito estrangeiro ao contrato.

Por fim, cabe uma observação a respeito da prova do direito estrangeiro. Nos embargos à monitória¹⁰, os devedores chegaram a alegar que o direito norteamericano violava a boa-fé objetiva, mas não fizeram prova do direito estrangeiro, motivo pelo qual o mesmo não foi analisado pelo Tribunal de origem. No REsp 254.544 – MG, o STJ se pronunciou a respeito da prova do direito estrangeiro, em um caso de contrato internacional:

¹¹Sendo caso de aplicação de direito estrangeiro, consoante as normas do Direito Internacional Privado, caberá ao Juiz fazê-lo, ainda de ofício. Não se poderá, entretanto, carregar à parte ônus de trazer a prova de seu teor e vigência, salvo quando por ela invocado. (...)

O artigo 14 da LINDB, lido em conjunto com o artigo 337 do Código de Processo Civil, estabelece que caberá à parte que alega direito estrangeiro trazer para os autos o seu texto e vigência, sempre que se faça necessária sua aplicação pelo juiz. Não havendo necessidade de analisar o direito estrangeiro,

⁸ Uma novidade na área da autonomia da vontade, não se pode deixar de mencionar a adoção pelo Brasil da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, Decreto 8327/2014, que adota o princípio da autonomia da vontade, permitindo, inclusive, que as partes excluam sua incidência, se assim o desejarem.

⁹ Veja-se, entre outros, o AgRg no REsp 1.193.293-SP, Sidnei Benetti, 3ª Turma, DJe de 11.12.2012.

¹⁰ p. 26 do acórdão.

¹¹ REsp 254.544- MG, 3ª Turma, Relator Min. Eduardo Ribeiro, j. 18.05.2015

ou não tendo sido invocado pela parte, o juiz não precisará instar a que essa prova seja feita. A prova do direito estrangeiro, na ausência de disposição expressa da lei brasileira mais recente, poderá ser feita nos termos previstos no Código Bustamante em seus artigos 408 a 411. Um dos meios mais utilizados no exterior para prova do direito estrangeiro é um parecer de advogados em exercício no país, conforme previsto no artigo 409 do Código Bustamante.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adequada compreensão da regra brasileira sobre lei aplicável ao contrato entre ausentes é de fundamental importância nos tempos atuais, de expansão do comércio internacional e da contratação eletrônica. A lei da residência do proponente será, em princípio, a lei aplicável, cabendo desta forma uma análise do direito estrangeiro antes de concluir a negociação.

A substituição paulatina do domicílio pela residência habitual como elemento de conexão é uma tendência moderna nos tratados internacionais e em documentos de *soft law*, não só na área contratual como nas convenções de direito de família, como aquelas adotadas pela Conferência da Haia sobre o Direito Internacional Privado¹². Neste sentido, a regra do §2º do artigo 9º da LINDB reveste-se de surpreendente atualidade, tornando desnecessária a modificação desta regra. O mesmo não se pode dizer do *caput* do mesmo artigo 9º, por deixar de contemplar de forma expressa a autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável ao contrato entre partes em igualdade de condições.

Uma das questões a ser avaliada diz respeito aos potenciais reflexos da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil em casos semelhantes no futuro.

Como é de praxe nos contratos financeiros, o financiamento tomado pela empresa brasileira estabeleceu foro em Nova York. Apesar da cláusula de foro, o credor veio cobrar a dívida no Brasil, foro natural do domicílio dos réus (empresa e pessoas físicas devedoras solidárias).

A grande novidade do Código de Processo Civil diz respeito aos efeitos de uma cláusula de foro estrangeiro, deixando nesse caso de ser competente a autoridade judiciária brasileira:

¹² Veja-se o conteúdo em www.hcch.net, na seção especializada.

Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

Na hipótese de um contrato de financiamento cuja cláusula de foro em Nova York seja exclusiva, poderá o réu arguir a incompetência da justiça brasileira e exigir que a cobrança seja feita no foro de eleição contratual.

Se esse fosse o caso, o EXIMBANK teria que primeiro esgotar a jurisdição norte-americana, para em um segundo momento homologar a sentença no Brasil e, aí sim de posse de um título executivo judicial brasileiro, iniciar a execução. No entanto, a prática dos contratos internacionais vem indicando que as cláusulas de foro costumam ser redigidas sob a forma não-exclusiva, exatamente para dar maior flexibilidade aos contratantes. O foro do domicílio do devedor deverá sempre ser uma alternativa para a cobrança de obrigações patrimoniais.

No novo CPC permanece inalterada a restrição ao reconhecimento de título executivo estrangeiro àqueles que tenham o Brasil como lugar de cumprimento. Assim, o percurso a ser recorrido após a entrada em vigor do novo CPC continua igual: ação monitória e posterior execução do título judicial. A única forma de evitar esse esgotamento prévio dos recursos internos no país do foro exclusivo seria por meio da emissão de títulos de créditos que indicassem o Brasil como local de pagamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nadia, *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*, 5ª. edição, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2011.

ARAÚJO, Nadia, *Contratos Internacionais*, 4ª. edição, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2010.

ARAÚJO, Nadia.; GAMA JR., Lauro; VARGAS, Daniela Trejos. “**Temas de Direito Internacional Privado no Projeto de Novo Código de Processo Civil**”. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, pp. 147-160

GAMA JR, Lauro. “Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades”. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 8, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006

TIMM, Luciano Benetti. TIMM, Luciano Benetti2008 “Common law e contract law: introdução ao direito contratual norte-americano”. *Revista dos Tribunais* (São Paulo), v. 97, 2008, p. 11-35

REsp 254.544- MG, 3ª Turma, Relator Min. Eduardo Ribeiro, j. 18.05.2015

Código Bustamante (Convenção de Direito Internacional Privado, Havana), promulgado pelo Decreto 18.871/1929.

RECURSO ESPECIAL N. 1.162.649-SP (2009/0209202-1)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Relator para o acórdão: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Recorrente: Federal Express Corporation
Advogados: Míriam Krongold e outro(s)
 Carolina Sifuentes e outro(s)
Recorrido: Indiana Seguros S/A
Advogado: Maria Francisca Thereza Fiusa e outro(s)

EMENTA

Direito Empresarial. Importação. Transporte aéreo internacional. Dano em equipamento hospitalar. Raio X. Seguradora. Ressarcimento. Ação regressiva. Sub-rogação. Ausência de relação de consumo. Convenção de Varsóvia. Prescrição. Ilegitimidade ativa. Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Indenização tarifada.

1. Não se aplica a prescrição ânua disciplinada nos arts. 178, § 6º, II, do CC/1916 e 449, II, do Código Comercial à ação proposta pela seguradora, como sub-rogada, contra a empresa de transporte aéreo causadora do dano ao segurado.

2. Comprovado nas instâncias ordinárias que o equipamento hospitalar importado, danificado durante o transporte aéreo, era destinado à segurada, o pretendido reconhecimento da ilegitimidade ativa da seguradora sub-rogada, no caso concreto, esbarra na vedação contida no Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3. A expressão “destinatário final” contida no art. 2º, *caput*, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização.

4. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de aparelho de *raio X* por entidade hospitalar, não hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade, ampliar a gama de serviços e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional de respectivo equipamento, por representar mera etapa do ato complexo de importar.

5. Afastado o CDC no caso concreto, incide a Convenção de Varsóvia e seus aditivos ao transporte aéreo internacional, que impõem a indenização tarifada equivalente a 17 (dezesete) Direitos Especiais de Saque (DES) para efeito de reparar os danos causados à mercadoria transportada. Afasta-se a indenização tarifada quando efetuada declaração especial de valor mediante o pagamento de eventual taxa suplementar (Protocolo Adicional n. 4, art. 22, item 2, “b”), o que não é a hipótese destes autos.

6. A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou, nos termos do art. 988 do CC/1916, em vigor na época dos fatos deste processo. Concretamente, portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia e seus aditivos.

7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira, conhecendo e dando parcial provimento ao recurso especial, divergindo do Relator e a retificação de voto do Ministro Raul Araújo, para acompanhar a divergência e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti no mesmo sentido, a Quarta Turma, por maioria, conheceu e deu parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto divergente do Ministro Antonio Carlos Ferreira, que lavrará o acórdão. Vencidos o Ministro Luis Felipe Salomão, Relator e o Ministro Marco Buzzi. Votaram com o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente) e Maria Isabel Gallotti.

Brasília (DF), 13 de maio de 2014 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Indiana Seguros S.A. ajuizou ação de indenização em face de Federal Express Corporation - FedEx, narrando que celebrou contrato de seguro com a Sociedade Beneficente de Senhoras - Hospital Sírio Libanês, de modo a cobrir os riscos decorrentes de importação de equipamento hospitalar (aparelho de raio X) da Alemanha, cujo transporte foi realizado por via aérea pela ré.

Aduz que, quando da chegada da aeronave, foi constatada a danificação do equipamento.

Sustenta que a requerida foi responsável pelo evento, tanto que efetuou o pagamento de indenização calculada com base na Convenção de Varsóvia. Alega, no entanto, a inaplicabilidade da referida convenção ao caso dos autos, pretendendo, assim, a condenação da ré ao pagamento da importância que pagou à seguradora, ressaltando que se sub-rogou no direito de obter a reparação.

A magistrada de primeiro grau julgou procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento da importância de R\$ 461.315,13 (quatrocentos e sessenta e um mil trezentos e quinze reais e treze centavos), devidamente corrigida desde 2001, acrescida de juros a partir da citação, custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (fls. 244-248).

Interposto recurso de apelação pela Federal Express Corporation, a Décima Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso. Eis a ementa (fls. 295-300):

Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Prescrição. O prazo prescricional para a ação de indenização por extravio de mercadoria, em se tratando de transporte aéreo internacional, é de dois anos, conforme previsto no artigo 29 da Convenção de Varsóvia e, não, o do artigo 449, II, do Código Comercial. Mercadoria desembarcada, no Brasil, em 9.8.2000, enquanto esta demanda foi ajuizada em 6.8.2002. Preliminar refutada.

Transporte aéreo. Responsabilidade Civil. Regressiva. Extravio/perda de mercadorias. Convenção de Varsóvia/Código Brasileiro de Aeronáutica x Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.1990). Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do CDC em relação à Convenção de Varsóvia e, também, ao Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986). Derrogações destas em relação aquele. O extravio/perda de mercadorias em transporte aéreo nacional, sujeita-se às regras do Código de Defesa do Consumidor.

Danos materiais prevalecem os constantes dos documentos apresentados pela Seguradora que subrogou, via direito regressivo, nos direitos da segurada e proprietária das mercadorias transportadas. Recurso não provido.

Irresignada, Federal Express Corporation - FedEx interpõe recurso especial, fundado na alínea **a** do art. 105, III, da Constituição Federal, sob a alegação de afronta ao art. 178, § 6º, II, do Código Civil de 1916, artigo 449, II, do Código Comercial, art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, art. 22, item 2, da Convenção de Varsóvia e artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (fls. 322-338).

Aduz que deveria ter sido aplicada a prescrição ânua, tendo em vista o nosso ordenamento jurídico, pois com as leis vigentes à época dos fatos - (Código Civil de 1916 - artigo 178, § 6º, II, e Código Comercial - artigo 449, II) possuíam previsão expressa no sentido de que a prescrição ocorre em 1 ano. Afirma ser o caso de incidência da Súmula n. 151 do STF.

Assevera que o destinatário da carga era a empresa América Cargo do Brasil, sendo que a Sociedade Beneficente é pessoa totalmente estranha a esta relação contratual, não sendo possível vislumbrar vínculo obrigacional entre Federal Express e Sociedade Beneficente. Pondera que não tendo a segurada sub-rogante (Sociedade Beneficente) mantido relação jurídica alguma com a recorrente, não há falar em qualquer direito seu com a Federal Express, e, conseqüentemente, a Indiana Seguros S.A., autora/sub-rogada, também não possui nenhum direito face à Federal Express, e, assim, não possui legitimidade ativa para propor a demanda.

Ademais, sustenta que, por tratar o presente caso de transporte aéreo internacional, aplica-se a legislação específica sobre a matéria - Convenção de Varsóvia. E nesta é limitada a responsabilidade da transportadora aérea pelos danos materiais decorrentes do transporte de mercadorias.

Foi interposto recurso extraordinário às fls. 304-315.

Os recursos receberam crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 357-358 e 359-360), tendo o recurso especial ascendido a esta Corte pelo provimento do Agravo de Instrumento n. 1058885.

Contrarrazões às fls. 347-350.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A controvérsia instalada nos autos e devolvida a esta Corte se resume a averiguar: a) a legitimidade ativa de Indiana Seguros S.A. para intentar a presente ação regressiva; b) se é admitido o prazo de prescrição ânua previsto no então vigente Código Civil de 1916 e 449, II, do Código Comercial; c) bem como se é aplicável à hipótese dos autos a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia, no caso de responsabilidade civil do transportador aéreo.

O Tribunal a *quo* negou provimento ao apelo ofertado pela ré, destacou (fls. 295-300):

[...]

2) Fica repelida a preliminar de prescrição, *pois o prazo prescricional para interpor ação objetivando indenização por extravio ou danificação de mercadoria, quando se tratar de transporte aéreo internacional, é de dois anos, na forma prescrita no Código Brasileiro de Aeronáutica.*

O Colendo *Superior Tribunal de Justiça*, no REsp n. 220.564-RJ - 3ª Turma, Rel. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, DJU 06/1/2/99, neste sentido: "*Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Prescrição. O prazo prescricional para a ação de indenização por extravio de mercadoria, em se tratando de transporte aéreo internacional, é de dois anos, conforme previsto no artigo 29 da Convenção de Varsóvia e, não, o do artigo 449, II, do Código Comercial.*"

Nestes autos, verifica-se que a mercadoria objeto da presente ação chegou ao Brasil no dia 9 de agosto de 2000, tendo sido a demanda ajuizada em 6 de agosto de 2002, dentro, pois do prazo de prescrição (art. 29 da Convenção de Varsóvia).

3) Fica, outrossim, *rechaçada a preliminar de ilegitimidade de parte ativa "ad causam" da Autora, visto que o documento de fls. 64 consta que o Aparelho de Raio X Somatom Balance foi destinado à segurada Sociedade Beneficente de Senhoras - Hospital Sírio Libanês. Enquanto o recibo de quitação de sinistro de fls. 111 faz prova da indenização paga no valor de R\$ 565.158,40 em 11 de maio de 2001.*

4) Decorrente de contrato de transporte aéreo internacional de mercadorias, discute-se, aqui, hipótese de extravio/avaria de mercadorias transportadas, se a responsabilidade do transportador aéreo nacional é a "tarifada" do Código Brasileiro de Aeronáutica ou se pela aplicação do direito comum interno, no caso, Código de Defesa do Consumidor.

5) No Colendo *Superior Tribunal de Justiça* existe, atualmente, as duas tendências acima expostas.

A Colenda Terceira Turma do C. S.T.J., nos julgamentos dos Recursos Especiais n. 39.111-3-RJ, n. 154.943-DF, n. 158.535.154 e n. 169.000, filiou-se ao entendimento de que, no transporte aéreo, quando ocorre extravio de bagagem (danos à bagagem e danos à carga), a indenização regula-se pelo Código Brasileiro de Aeronáutica e Convenção de Varsóvia e não o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, aqui, por se tratar sobre transporte internacional aéreo aplicar-se-ia a Convenção de Varsóvia, da qual o Brasil é signatário, e por tabela, tem incidência o disposto no artigo 262 da Lei n. 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), por se tratar de lei especial em relação ao Código Civil. Dispõe o citado artigo 262: "No caso de atraso, perda, destruição ou avaria de carga, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo, a responsabilidade do transportador limita-se a 3 (três) Obrigações do Tesouro Nacional (OTN) por quilo, salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor e mediante o pagamento de taxa suplementar, se for o caso (arts. 241 e 244)".

Em verdade, a limitação é corolário da responsabilidade objetiva do transportador aéreo, estabelecendo a lei (art. 262, da Lei n. 7.565/1986), por isso mesmo, a opção.

Observe-se que o citado Código, no mencionado artigo 262, não faz referência a acidente, dizendo simplesmente que a perda, o extravio ou danificação da mercadoria, ocorrida durante o transporte, se sujeita as suas regras, entre elas a que limita a responsabilidade, ressalvadas as hipóteses de que trata o art. 248.

O Código Brasileiro de Aeronáutica seguiu as linhas da Convenção de Varsóvia, que veio a integrar o Direito Positivo Brasileiro, por força do Decreto n. 20.604, de 24.11.1931 e, posteriormente, através do Decreto n. 56.463/1965 (promulga protocolo de emenda).

A execução do contrato de transporte aéreo de carga inicia-se com o recebimento e persiste durante o período em que se encontra sob a responsabilidade do transportador, seja em aeródromo, a bordo da aeronave ou em qualquer lugar, no caso de aterrissagem forçada, até entrega final (art. 245, do C.B.A.)

Em se aplicando o direito, com fixação de indenização no valor real das mercadorias extraviadas, ter-se-ia de haver prova cabal de dolo ou culpa grave da transportadora. Assim, o artigo 248 do Código Brasileiro de Aeronáutica exclui aquele teto, para a indenização, "se for provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos". Não haveria o limite, em caso de dolo ou culpa grave.

Já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no RE n. 39.111-3-RJ, 3ª Turma, j. 8.11.1994, Rel., eminente Ministro Costa Lei, DJU de 4e 12.12.1994 que: "O extravio de mercadoria, em transporte aéreo, sujeita-se às regras do Código Brasileiro de Aeronáutica, entre elas a concernente à limitação da responsabilidade do transportador, que não se restringe à hipótese de acidente"

(RT 721/298 e RSTJ 67/407). De igual teor o REsp n. 154.943-DF (“in” RSTJ 143/274), cuja ementa profere: Transporte aéreo. Extravio de bagagem (danos à bagagem/danos à carga). Indenização (responsabilidade). Código Brasileiro de Aeronáutica e Convenção de Varsóvia/Código de Defesa do Consumidor. Segundo orientação formada e adotada pela Terceira Turma do STJ, quando ali se ultimou o julgamento dos REsps. n. 158.535 e 169.000 (sessão de 4.4.), a responsabilidade do transportador não é limitada, em casos que tais, Código de Defesa do Consumidor (arts. 6º, VI, 14, 17, 25 e 51, § 1º, 11).

O transportador aéreo tem a obrigação de transportar as mercadorias, nas condições em que a recebeu, até o destino contratado.

De outro lado, não se aplica à espécie dos autos o disposto no Decreto n. 89.874, de 28.6.1984 (art. 24), que regulamentou a Lei n. 7.092, de 19.4.1983, visto que, aqui, se trata de transporte aéreo de mercadorias, porque a Lei n. 7.092/1983 e o Decreto n. 89.874/1984 regula o transporte terrestre, criando o Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Bens e fixa condições para o exercício da atividade.

6) De outro ângulo, a Colenda Quarta Turma no mesmo Colendo S.T.J. entendeu, diversamente, ou seja, tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia.

Assim, foram, no Recurso Especial n. 258.132-SP, Rel. Sr. Min. Barros Monteiro, cuja ementa profere: “Responsabilidade Civil. Transporte aéreo. Extravio de bagagem. Indenização. Tarifada. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Em caso de pretensão à reparação de danos, o lapso decadencial é de cinco anos (art. 27, da Lei n. 8.078, de 11.9.1990). Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia. Derrogação dos preceitos desta que estabelecem a limitação da responsabilidade das empresas de transporte aéreo. Tratando-se de relação de consumo, em que os autores figuram inquestionavelmente como destinatários finais dos serviços de transporte, aplicável à espécie o Código de Defesa do Consumidor. Nesta casa, prevalece a diretriz segundo a qual, em se tratando de relação de consumo (art. 3º, § 2º da Lei n. 8.078, de 11.9.1990), as disposições do CDC derogaram as normas da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica. Ininvocável aqui, destarte, a regra instituída pelo art. 29 da Convenção de Varsóvia acerca da decadência”.

De igual entendimento, foram os REsps n. 173.526-SP (1998/00318929-1), Rel. Sr. Min Ruy Rosado de Aguiar - 4ª Turma.

7) Entendo, s.m.j., que têm perfeita aplicação, ao presente caso, as disposições do Código de Defesa do Consumidor e não a Convenção de Varsóvia ou o Código Brasileiro de Aeronáutica, nem as disposições do Código Civil.

Nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078, de 11.9.1990, o autor é reputado consumido, pois se utilizou, como destinatário final, dos serviços de agenciamento e de transporte aéreo, fornecidos pela empresa aérea (Federal Express Corporation) e tal empresa é considerada fornecedora, ante a prestação de desses serviços, a que se propôs realizar e que efetivamente realizou (art. 3º), sendo indisputável, que o transporte efetuado e, por igual, tido como serviço, eis que traduz atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração.

Mudaram-se as condições técnicas de segurança de vôo e também se modificaram as normas que protegem o usuário dos serviços prestados pelo transportador. O Código de Defesa do Consumidor tem regra expressa, considerando abusiva a cláusula que restringe direitos inerentes à natureza do contrato de tal modo a ameaçar o equilíbrio contratual (art. 51, § 1º, II, do CDC), como acontece no caso de exoneração ou diminuição excessiva da responsabilidade, ocasionados pelo mau serviço prestado. Assim, não prevalecem, diante do CDC, as disposições que limitam a responsabilidade do transportador aéreo, quando ofendem o princípio legal de responsabilidade do transportador pelos danos ocasionados durante o transporte.

A alegada violação aos dispositivos de tratados e protocolos internacionais não é de ser aceita, porque o CDC é lei posterior e por isso aplicável aos casos de extravio ou perda de mercadorias transportadas, ainda que seja em viagem internacional. A Convenção de Varsóvia, embora tenha aplicabilidade no Direito Interno Brasileiro, não se sobrepõe às leis do País. Logo, em face do conflito entre tratado internacional e lei interna posterior, prevalece esta última, por representar a última vontade do legislador. Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.1990) derogou os dispositivos que estabelecem responsabilidade limitada para as empresas de transporte aéreo.

O transportador aéreo tem a obrigação de transportar as mercadorias, nas condições em que a recebeu, até o destino contratado.

Nestes autos, a Ré-Apelante assumiu a obrigação, segundo os documentos abojados (fls. 63-65), a transportar as mercadorias discriminadas nos documentos de fls. 64 de Frankfurt à Viracopos/SP;- porém as mercadorias chegaram no destino final avariadas.

Verifica-se, contudo, que a Ré-Apelante não cumpriu com o contratado, pois permitiu que houvesse avarias nas mercadorias transportadas.

De outro lado, não se aplica à espécie dos autos o disposto no Decreto n. 89.874, de 28.6.1984 (art. 24), que regulamentou a Lei n. 7.092, de 19.4.1983, visto que, aqui, se trata de transporte aéreo de mercadorias, porque a Lei n. 7.092/1983 e o Decreto n. 89.874/1984 regula o transporte terrestre, criando o Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Bens e fixa condições para o exercício da atividade.

O documento de fls. 111 corrobora, “quantum satis”, que a Autora-Apelada subrogou, via direito de regresso, nos direitos da proprietária das mercadorias transportadas.

Portanto, correta e acertada a bem estruturada concatenada e de refinada juridicidade r. sentença de fls. 210-214, prolatada pela sábia e erudita Juíza de Direito - Dra. Mônica Lima Pereira, merecendo ser mantida.

Por esses motivos, nega-se provimento ao recurso.

3. A recorrente sustenta ilegitimidade ativa de Indiana Seguros S.A. para intentar a presente ação regressiva, porquanto teria demonstrado nos autos que a destinatária da carga seria a empresa América Cargo do Brasil, não havendo vínculo obrigacional entre Federal Express e a Sociedade Beneficente.

Quanto ao ponto, observo que o Juízo de piso destacou ser a autora parte legítima para figurar no polo da demanda com base na análise de documentação juntada aos autos, comprovando de forma inequívoca que o hospital segurado era o destinatário da mercadoria avariada, não havendo dúvida que houve contratação da ora recorrente para realizar o transporte do equipamento (fl. 246).

O Tribunal de origem, ratificando o entendimento do Juízo monocrático, asseverou que no documento de fls. 64 consta que o aparelho de Raio X Somatom Balance foi destinado ao hospital segurado (fl. 297).

Desse modo, constato que o acolhimento da pretensão recursal demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula n. 7 do STJ.

Ademais, verifico que o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento deste STJ, no sentido de que a seguradora se sub-roga no direito de sua segurada, cuja carga foi avariada em transporte aéreo.

Depreende-se da moldura fática que a Sociedade Beneficente de Senhoras - Hospital Sírio Libanês firmou contrato de seguro de transporte internacional com a Indiana Seguros S.A. e, ocorrido o sinistro, esta quitou sua obrigação com a segurada, promovendo, em seguida, a presente demanda em face da empresa transportadora, ora recorrente.

De acordo com o art. 988 do CC/1916, a sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

Não há controvérsia acerca do fato de que a carga pertence à Sociedade Beneficente de Senhoras - Hospital Sírio Libanês. Da mesma forma, inexistente dúvida acerca da avaria no equipamento e da responsabilidade da recorrente pelo transporte.

Assim, se houve a intermediação do contrato de transporte por outras empresas, esse fator não afasta o direito do hospital segurado à carga - que foi totalmente inutilizada -, direito transmitido à Seguradora, por sub-rogação, quando esta última ressarcir os prejuízos de sua segurada relativos a total avaria da mercadoria.

Confira-se o seguinte precedente sobre sub-rogação:

Responsabilidade civil. Ação de regresso da seguradora. Súmula n. 188 do Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 130 do Superior Tribunal de Justiça. Art. 988 do Código Civil.

1. Como assentado em torrencial jurisprudência da Corte, consolidada na Súmula n. 130, a “empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.

2. O art. 988 do Código Civil não agasalha restrição alguma ao direito da seguradora, sub-rogada, a ingressar com ação de regresso contra a empresa que responde pelo estacionamento.

2. *Recurso especial conhecido e provido.*

(REsp n. 177.975-SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 5.10.1999, DJ 13.12.1999, p. 141)

4. No que se refere à prescrição, não socorre melhor sorte à recorrente, que insiste em defender a aplicabilidade do prazo de prescrição anual previsto no então vigente Código Civil de 1916 e no art. 449, II, do Código Comercial.

Sustenta incidir no caso concreto a Súmula 151 do STF, segundo a qual “*Prescreve em um ano a ação do segurador sub-rogado para haver indenização por extravio ou perda de carga transportada por navio.*”

Quanto ao tópico, entendeu a Corte estadual, ancorada no REsp n. 220.564-RJ, julgado em 6.12.1999, que o prazo prescricional para a ação de indenização em se tratando de transporte aéreo internacional é de 2 (dois) anos, nos termos do art. 29 da Convenção de Varsóvia, afastando, portanto, a preliminar suscitada.

Não ocorreu a prescrição, de fato, mas por outro fundamento.

No caso concreto, como esclareci, a ora recorrida, Indiana Seguros S.A., sub-rogou-se nos direitos da segurada. Assim, em situações em que é reconhecida a incidência do Código de Defesa do Consumidor oriunda da relação da segurada com a transportadora, a seguradora, tendo se sub-rogado nos direitos da segurada, deve obedecer ao prazo prescricional do CDC.

Já fiz essa ressalva quando do julgamento do REsp n. 705.148-PR, que também tratava do tema prescrição nos contrato de transporte de mercadoria envolvendo seguradora e sub-rogação:

1. A Seguradora, ao efetuar o pagamento da indenização decorrente do prejuízo advindo pelo desvio da carga, ocorrido por culpa da transportadora, sub-rogou-se nos direitos da segurada em se ressarcir dos valores, acrescidos de juros e correção monetária. A Seguradora assume o lugar de sua cliente, pois honrou integralmente com o pagamento da indenização devida. Nestes termos, recebe os mesmos direitos e deveres da sub-rogada, nos limites da sub-rogação.

2. Em regra, para os contratos de transporte, aplica-se o Código Civil e o CDC; e no que não for incompatível ou houver lacuna, a legislação especial. *Quando se tratar de transporte de carga, deverá se averiguar a existência de relação de consumo. [...]* (REsp n. 705.148-PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 5.10.2010, DJe 1º.3.2011).

Aliás, a jurisprudência da Casa vem se consolidando no sentido de prevalência das normas do CDC em detrimento da Convenção de Varsóvia, inclusive quanto à prescrição. Confira-se:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. *Transporte aéreo internacional*. Prescrição. Código de Defesa do Consumidor. Incidência da Súmula n. 83-STJ. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. *A decisão da Corte local, que aplicou o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, em detrimento do prazo previsto na Convenção de Varsóvia, está em harmonia com a jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula n. 83-STJ.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 96.109-MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8.5.2012, DJe 14.5.2012)

Processual Civil e Civil. *Transporte aéreo internacional*. Prescrição. Código de Defesa do Consumidor. Convenção de Varsóvia.

- *A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de prevalência das normas do CDC em relação à Convenção de Varsóvia, inclusive quanto à prescrição.*

- Negado provimento ao agravo.

(AgRg no REsp n. 1.060.792-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17.11.2011, DJe 24.11.2011)

5. Quanto à indenização tarifada, igualmente não merece prosperar o recurso.

Pretende a recorrente a reforma do acórdão sustentando ser limitada a responsabilidade da transportadora aérea pelos danos materiais decorrentes do transporte de mercadorias nos termos do art. 22, item 2, da Convenção de Varsóvia, aduzindo não ser possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, porquanto o hospital segurado não poderia ser considerado destinatário final dos serviços de transporte, nos termos do art. 2º do CDC.

5.1. O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, não havendo, portanto, critério pessoal de definição de tal conceito.

O que é relevante, na verdade, é saber se a pessoa, física ou jurídica, é “destinatária final” do produto ou serviço.

Nesse passo, somente se desnatura a relação consumerista se o bem ou serviço passa a integrar uma cadeia produtiva do adquirente.

Assim, por exemplo, é consumidor “o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento” (REsp n. 208.793-MT, Rel. Ministro *Menezes Direito*, DJ 1º.8.2000).

Também é esse o entendimento remansoso da doutrina consumerista:

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

No caso posto em julgamento, houve contrato de serviço de transporte aéreo internacional. Assim, o hospital segurado ocupa posição jurídica de destinatário final do transporte, não se havendo cogitar de “consumo intermediário” ou de insumos de produção, tendo em vista que o serviço contratado - transporte - não é posto à revenda, tampouco faz parte da cadeia produtiva, mediante montagem ou beneficiamento.

Sobre a qualificação da transportadora recorrente como fornecedora de serviços, válida a observação de Cláudia Lima Marques:

A Lei n. 8.078/1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, nasce como lei especial a tratar das relações de consumo no mercado brasileiro, relações de consumo contratuais e extracontratuais, as quais possuem como elemento caracterizador a presença nos pólos ativo e passivo de um fornecedor e um consumidor ou pessoa a ele equiparada por lei.

Seu abrangente campo de aplicação é determinado pelos arts. 2º, 3º e 17, que definem de maneira ampla estes sujeitos de direito: *consumidor* e fornecedor. A atividade de prestar serviços de transporte, inclusive o transporte aéreo, inclui-se facilmente no campo de aplicação ideal.

O transportador aéreo preenche todas as características exigidas pelo art. 3º do CDC para defini-lo como fornecedor de serviços. (MARQUES. Cláudia Lima. *A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor: antinomia entre norma do CDC e de leis especiais.* in. *Revista de Direito do Consumidor*. RDC 3/155. jul.-set./1992, p. 607).

Interessante observar que não se discute aqui a relação de compra e venda da mercadoria, isto é, a relação mercantil entre a fabricante do equipamento e o adquirente, Siemens da Alemanha e hospital, respectivamente.

Outrossim, o serviço em questão foi o transporte aéreo realizado por Federal Express - FedEx - prestado de forma defeituosa -, causando danos irreparáveis à mercadoria adquirida pelo hospital segurado.

Com efeito, o transporte aéreo não está dentro da atividade econômica exercitada profissionalmente pelo hospital segurado.

Nesse sentido Roberto Senise Lisboa elucida:

Por outro lado, a aquisição de bens que não se demonstram indispensáveis para o exercício da atividade profissional é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, já que a atividade econômica da pessoa jurídica seria desenvolvida normalmente, mesmo que esses bens não viessem a ser adquiridos.

(LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. - 2ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.p. 164)

Da mesma forma, ensina Fabio Ulhoa Coelho ao comentar o Código de Defesa do Consumidor:

Neste sentido, entendo que se deva pesquisar a indispensabilidade estrita dos bens adquiridos pelo empresário em função da atividade econômica por ele exercida, para os fins de tomar por insumo, sob o ponto de vista jurídico, apenas os indispensáveis estritamente falando. Ou seja, quando a atividade econômica do empresário puder ser desenvolvida, sem alterações quantitativas ou qualitativas em seus resultados, apesar da falta de um determinado bem, então, a sua aquisição é, juridicamente, consumo e o empresário estará tutelado pelo novo texto legal.

(COELHO, Fábio Ulhôa. A Compra e venda, os empresários e o código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais., v. 3. p. 36-43; p. 42-43)

Confira-se precedente de minha relatoria:

Consumidor. Seguro empresarial contra roubo e furto contratado por pessoa jurídica. Microempresa que se enquadra no conceito de consumidor. Cláusula limitativa que restringe a cobertura a furto qualificado. Reprodução da letra da lei. Informação precária. Incidência do art. 54, § 4º, do CDC.

1. O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, sendo relevante saber se a pessoa, física ou jurídica, é “destinatária final” do produto ou serviço. Nesse passo, somente se desnatura a relação consumerista se o bem ou serviço passa a integrar uma cadeia produtiva do adquirente, ou seja, posto a venda ou transformado por meio de beneficiamento ou montagem.

2. *É consumidor a microempresa que celebra contrato de seguro com escopo de proteção do patrimônio próprio contra roubo e furto, ocupando, assim, posição jurídica de destinatária final do serviço oferecido pelo fornecedor.*

3. Os arts. 6º, inciso III, e 54, § 4º, do CDC, estabelecem que é direito do consumidor a informação plena do objeto do contrato, garantindo-lhe, ademais, não somente uma clareza física das cláusulas limitativas - o que é atingido pelo simples destaque destas -, mas, sobretudo, clareza semântica, um significado unívoco dessas cláusulas, que deverão estar infensas a duplo sentido.

4. O esclarecimento contido no contrato acerca da abrangência da cobertura securitária que reproduz, em essência, a letra do art. 155 do Código Penal, à evidência, não satisfaz o comando normativo segundo o qual as cláusulas limitadoras devem ser claras, por óbvio, aos olhos dos seus destinatários, os

consumidores, cuja hipossuficiência informacional é pressuposto do seu enquadramento como tal.

5. Mostra-se inoperante a cláusula contratual que, a pretexto de informar o consumidor sobre as limitações da cobertura securitária, somente o remete para a letra da Lei acerca da tipicidade do furto qualificado, cuja interpretação, ademais, é por vezes controvertida até mesmo no âmbito dos Tribunais e da doutrina criminalista.

6. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 814.060-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 6.4.2010, DJe 13.4.2010)

Cumpra esclarecer que a situação em análise diverge do caso apreciado no REsp n. 982.492-SP, em que não reconheci relação de consumo, porquanto naquela hipótese se tratava de transporte rodoviário e havia sido estabelecido pelas instâncias ordinárias que a empresa que se utilizou do serviço o fez como insumo de sua atividade econômica.

5.2. Remanesce, porém, a controvérsia acerca de qual lei específica disciplina o caso ora analisado, se o Código de Defesa do Consumidor (CDC) ou se a Convenção de Varsóvia e assim, se seria aplicável a tarifação nesta prevista.

O Tribunal de origem concluiu por afastar a aplicabilidade da Convenção de Varsóvia quanto à limitação da responsabilidade da empresa de transporte aéreo internacional, asseverando ser prevalecente o Código de Defesa do Consumidor, conforme vem decidindo esta Turma, inclusive em recentes decisões monocráticas.

Sobre o tema, Alberto do Amaral Júnior esclarece:

A existência de um teto para a reparação dos danos, realizada pelo art. 22, teve como causa a percepção, dominante nos anos vinte, de que as companhias aéreas, cujo desenvolvimento era ainda incipiente, não deveriam estar expostas aos rigores do direito comum. A insegurança do tráfego aéreo naquele período, origem de muitos acidentes, recomendava a adoção de regime jurídico especial para o transporte aéreo com a finalidade de estimular o aperfeiçoamento do setor. Afinal, a condenação ao pagamento de expressivos montantes de indenização a que estavam sujeitas as companhias aéreas ameaçava comprometer a sua consolidação, desaconselhando novos investimentos.

[...]

A limitação da responsabilidade promovida pelo Código Brasileiro de Aeronáutica e pela Convenção de Varsóvia colide com o princípio da reparação efetiva consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor.

(AMARAL Júnior, Alberto. *A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo*. Revista Direito do Consumidor. Abril/Junho-1998. p. 9-17).

Também a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves:

Ora, a Constituição Federal de 1988 dispõe competir à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária” (art. 21, XII, c). E o art. 37, § 6º estendeu a responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (empresas aéreas permissionárias), sem estabelecer qualquer limite para a indenização. Tais dispositivos sobrepõem-se à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro da Aeronáutica. *As normas desses diplomas que limitam a responsabilidade das empresas aéreas, tarifando a indenização, perderam a eficácia a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988*. Assim como não há limite para a responsabilidade civil do Estado, igualmente não o há para a das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, que emana da mesma fonte.

A perda da eficácia das aludidas normas limitativas foi reafirmada com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

[...]

Não vale argumentar em contrário, afirmando-se que o art. 178 da Carta Magna determina, em matéria de transporte internacional, a observância dos “acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”. Nem podia ser diferente. Desarrazoado seria a Constituição Federal determinar a inobservância dos referidos acordos. Não se disse, contudo, que devem prevalecer sobre a legislação ordinária no país e muito menos sobre a Lei Maior, no que os contrariem.

(GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 302-303)

Não é diferente o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho:

No embate entre as duas correntes que situam os tratados internacionais em face do direito positivo dos países que os firmarem - *monista*, que dá primazia ao Direito Internacional, e *dualista*, que atribui a prevalência ao Direito Interno -, a nossa Suprema Corte, desde o julgamento do RE n. 80.004, que se desenrolou de fins de setembro de 1975 a meados de 1977, firmou entendimento no sentido de que a Convenção, embora tenha aplicabilidade no Direito Interno Brasileiro, não

se sobrepõe às leis do País. Logo, em face do conflito entre tratado e lei posterior, prevalece esta última, por representar a última vontade do legislador, embora o descumprimento no plano internacional possa acarretar consequências (para maior aprofundamento, v. RTJ 83/809-848). *Desde então - e o Supremo Tribunal Federal ainda não mudou a sua posição -, parece-me não mais existir nenhuma sustentação para a teses do primado do Direito Internacional, pelo que entendo também não mais ter aplicação entre nós a indenização limitada prevista na Convenção de Varsóvia.*

(CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. - São Paulo: Atlas, 2012. p. 351)

Arremata Eduardo Arruda Alvim:

[...], o fato de a Convenção de Varsóvia não ter sido denunciada pelo Governo brasileiro (tal como previsto no art. 39 da Convenção) não quer significar que os limites de indenização nela previstos prevaleçam ainda hoje, pois que virtualmente incompatíveis com o regime do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que, como visto, *deita raízes na própria Carta de 1988.*

(ALVIM, Eduardo Arruda e JORGE. *A responsabilidade civil no Código de proteção e defesa do consumidor e o transporte aéreo*. Revista de Direito do Consumidor. Julho/Setembro - 1996. p. 114-147)

Assim, para além da utilização de métodos clássicos para dirimir conflitos aparentes entre normas - como o da especialidade e o da anterioridade -, buscase a força normativa dada a cada norma pelo ordenamento constitucional vigente, para afirmar-se que a aplicação de determinada lei - e não de outra - ao caso concreto é a solução que melhor realiza as diretrizes insculpidas na Lei Fundamental.

Por essa ótica hierarquicamente superior aos métodos hermenêuticos comuns, o conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia - que é anterior à CF/1988 e, por isso mesmo, não se harmoniza em diversos aspectos com a diretriz constitucional protetiva do consumidor - deve ser solucionado com prevalência daquele (CDC), porquanto é a norma que melhor materializa as perspectivas do constituinte.

Esse foi o entendimento adotado explicitamente pelo STF em julgamento sobre tema análogo, qual seja, atraso de voo internacional:

EMENTA: Recurso extraordinário. Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Matéria infraconstitucional. Não conhecimento.

1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica.

2. *Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.*

3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido.

(RE n. 351.750, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 17.3.2009, DJe-181 divulg 24.9.2009 public 25.9.2009 Ement vol-02375-03 pp-01081 RJSP v. 57, n. 384, 2009, p. 137-143)

Ademais, a especial proteção concedida ao transportador - como as limitações e tarifações de indenização - está ancorada em justificativas sociais e econômicas que não mais espelham a realidade, tais como:

a) analogia com o Direito Marítimo; b) necessidade de proteção a uma indústria essencialmente frágil e em processo de afirmação de sua viabilidade econômica e tecnológica; c) reconhecimento de que danos dessa magnitude não devem ser suportados apenas pelas companhias; d) indispensabilidade de contratação de seguro, o que é dificultado pela inexistência de teto; e) possibilidade dos próprios consumidores contratarem seguro pessoal; f) compensação entre, de um lado, a limitação e, do outro, o agravamento do regime de responsabilização (inversão do ônus da prova de culpa ou mesmo imputação objetiva); g) eliminação de complexos e demorados processos judiciais; h) unificação do Direito, quanto aos valores indenizatórios pagos (BENJAMIN, Antônio Herman V.. *O transporte aéreo e o código de defesa do consumidor*. in. Revista de direito do consumidor, n. 26, abril/julho, 1998, Editora Revista dos Tribunais, pp. 37-38).

Na linha do entendimento acima, esta Turma já decidiu em outras ocasiões:

Agravo regimental no agravo instrumento ausência de prequestionamento. Transporte aéreo. Defeito na prestação do serviço. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Indenização valor. Razoabilidade. Agravo regimental não provido. Aplicação de multa.

(...)

2. *O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de prevalência do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) em relação à Convenção de Varsóvia, com suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de*

Montreal), e ao Código Brasileiro de Aeronáutica, nos casos de responsabilidade civil decorrente de má prestação dos serviços pela Companhia aérea.

(...)

4. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.

(AgRg no Ag n. 1.409.204-PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25.9.2012, DJe 1º.10.2012)

No mesmo sentido, outros julgados desta Corte:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Extravio de mercadoria. Indenização. Limitação do Código Brasileiro de Aeronáutica. Inaplicabilidade. Precedentes.

1. *A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de não sofrer a limitação prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica a indenização por extravio de mercadoria transportada por via aérea.*

2. Pela alínea **c** do permissivo constitucional, registra-se a incidência da Súmula n. 83 do Superior Tribunal de Justiça, que possui a seguinte dicção: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 108.685-SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 17.4.2012)

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Ação de indenização. Extravio de bagagem em viagem internacional. Convenção de Varsóvia. Inaplicabilidade. Excludente de responsabilidade. Não comprovação. Súmula n. 7-STJ. *Quantum* indenizatório razoavelmente fixado. Recurso improvido.

(AgRg no AREsp n. 79.684-PR, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 12.4.2012, DJe 27.4.2012)

Recursos especiais. Transporte aéreo. Extravio de mercadorias. Prazo prescricional. Indenização tarifada. Precedentes da Corte. Dano moral. Descumprimento contratual. Abalo à imagem da empresa. Ausência de presunção. Sucumbência recíproca. Divisão da verba honorária. Observância do decaimento.

(...)

2.- Decidiu, ainda, que, “nos casos de extravio de mercadoria ocorrido durante o transporte aéreo, a reparação deve ser integral, não se aplicando a indenização tarifada prevista em legislação especial” (REsp n. 494.046-SP, Rel. Min. *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJ 23.6.2003).

(...)

Recurso especial da empresa aérea improvido e recurso especial da instituição financeira parcialmente provido.

(REsp n. 744.741-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 1º.12.2011, DJe 12.12.2011)

Agravo regimental. Transporte aéreo de mercadorias. Extravio ou perda. Ação de indenização. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor.

É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia.

Agravo improvido.

(AgRg no Ag n. 827.374-MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 23.9.2008)

Transporte aéreo internacional. Extravio de carga. Indenização integral. CDC. I - *A responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia.* II - Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado (Súmula n. 168-STJ). Não conheço dos embargos. (REsp n. 269.353-SP, Rel. Ministro Castro Filho, Segunda Seção, julgado em 24.4.2002, DJ 17.6.2002 p. 184)

Civil. Transporte aéreo. Carga. Mercadoria. Extravio. Transportador. Indenização integral. CDC. Aplicação. Convenção de Varsóvia. Afastamento.

1 - A jurisprudência pacífica da Segunda Seção é no sentido de que o transportador aéreo, seja em viagem nacional ou internacional, responde (indenização integral) pelo extravio de bagagens e cargas, ainda que ausente acidente aéreo, mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o evento tenha ocorrido na sua vigência, conforme sucede na espécie. Fica, portanto, afastada a incidência da Convenção de Varsóvia e, por via de consequência, a indenização tarifada.

2 - Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença.

(REsp n. 552.553-RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJ 1º.2.2006)

Responsabilidade civil. Transporte aéreo internacional. Extravio de carga. Código de Defesa do Consumidor. *Para a apuração da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional pelo extravio da carga, aplica-se o disposto no Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-*

se a chamada indenização tarifada. Recurso conhecido pela divergência, mas improvido. (REsp n. 236.755-SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 8.5.2001, DJ 15.10.2001 p. 267)

Responsabilidade civil. Transporte aéreo Internacional. Limite indenizatório. Dano moral.

1. *A perda de mercadoria em transporte aéreo internacional, causada pela negligência da empresa, deve ser indenizada pelo seu valor real, não se aplicando a regra da indenização tarifada.*

2. É possível a condenação pelo dano moral resultante da perda durante o transporte. Divergência superada.

Recurso conhecido em parte, mas improvido.

(REsp n. 173.526-SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 22.5.2001, DJ 27.8.2001, p. 339)

7. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se, na origem, de ação ordinária de indenização proposta pela ora recorrida, *Indiana Seguros S.A.*, em 6.8.2002, contra a ora recorrente, *Federal Express Corporation - Fedex*, narrando e postulando a autora, para tanto, o seguinte:

1 – A Sociedade Beneficente de Senhoras-Hospital Sírio Libanês, conceituada e idônea entidade hospitalar desta Capital, houve por bem importar da Alemanha um Aparelho de Raio X, próprio para Tomografia Computadorizada de corpo inteiro, completo e desmontado, modelo SOMATON, tendo adquirido tal equipamento da igualmente idônea fabricante, mundialmente conhecida, Siemens.

2 – Tal equipamento foi transportado da Alemanha para o Brasil, por via aérea, pela requerida, através da aeronave Pref. N313FE, ocorrendo a chegada em 9 de agosto de 2000.

3 – Quando da chegada, constatou-se que o delicado equipamento, de altíssima precisão, sofrera danos irremediáveis durante o transporte, por inadvertência da requerida-transportadora, que desconsiderando os sinais convencionais mundialmente adotados, que evidenciavam conter a embalagem produto frágil e que deveria ficar ao abrigo de chuva, empilhou sobre a embalagem em questão, durante o transporte, outros volumes, obviamente de pesos apreciáveis, fazendo

com que a tampa da caixa que continha o tomógrafo cedesse e viesse atingir os equipamentos.

[...]

5 – A adquirente do equipamento havia contratado o Seguro de Transporte Internacional junto à ora requerente, através da Apólice n. 004.430-8, razão porque, após regular vistoria e regulação e devidamente autorizada pelo IRB - Brasil Resseguros S/A, esta procedeu ao pagamento dos danos ao segurado. Assim, a requerente efetuou o pagamento dos danos ao segurado da importância de R\$ 565.158,40 (quinhentos e sessenta e cinco mil, cento e cinquenta e oito reais e quarenta centavos) em 11.5.2001. Antes disso, durante a regulação do sinistro, a requerente houvera desembolsado R\$ 180,50 em 5.9.2000 e R\$ 2.254,22, mais R\$ 800,00 em 28.12.2000, tendo, assim, um desembolso total de R\$ 568.393,12.

[...]

7 – [...] deduzida tal importância bem como a aludida no item anterior, já paga pelo requerido, sobeja à requerente um prejuízo de R\$ 461.315,13 (quatrocentos e sessenta e um mil, trezentos e quinze reais e treze centavos), que é o valor cujo ressarcimento objetiva através da presente ação.

[...]

9 – A requerida efetuou o pagamento de um valor irrisório face ao quantum do prejuízo, conforme informado nos itens anteriores, sob o argumento de que aplicar-se-ia na reparação dos danos, “in casu”, o teor da Convenção de Varsóvia, que prevê um valor fixo, em francos poincaré, por quilo do bem danificado. No entanto, consoante reiterada e expressiva jurisprudência, inclusive do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não se aplica a hipóteses como a dos autos a aludida Convenção de Varsóvia e, via de consequência, descabe a limitação de responsabilidade do transportador ao peso do bem danificado, cumprindo ao mesmo proceder ao pagamento dos danos reais causados durante o transporte.

[...]

19 – Ante o exposto, requer se digne Vossa Excelência ordenar a citação da requerida para vir contestar a ação no prazo legal, sob pena de revelia, acompanhando o feito em todos os seus atos e termos até final decisão que deverá, «data venia, ser julgada procedente, condenando-a no pagamento do valor aludido no item 7, consubstanciando o prejuízo da requerente, acrescido de juros de mora, correção monetária, custas e despesas processuais e verba honorária advocatícia.

20 – A requerente age sub-rogada nos direitos de sua segurada, em razão da indenização que pagou à mesma, fundamentada nos artigos 985, 986 e 1.524 do Código Civil, assim como de acordo com jurisprudência consolidada pela Súmula n. 188 do Colendo Supremo Tribunal Federal. E a correção monetária é devida desde a data em que houve o desembolso pela seguradora-requerente,

consoante jurisprudência consolidada pela Súmula n. 16 do Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (e-STJ fls. 4-15).

Em primeiro grau, o Juiz de Direito repeliu a prescrição por entender que “o prazo prescricional para interpor ação objetivando indenização por extravio ou danificação de mercadoria, quando se tratar de transporte aéreo internacional, é de dois anos, na forma prescrita no Código Brasileiro de Aeronáutica” (e-STJ fl. 245), e julgou procedente a ação “para o fim de condenar a ré ao pagamento da importância de R\$ 461.315,13 (quatrocentos e sessenta e um mil, trezentos e quinze reais e treze centavos), devidamente corrigida desde maio de 2001, acrescida de juros a partir da citação” (e-STJ fl. 248).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso de apelação interposto pela ré, exarando a seguinte ementa:

Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Prescrição. O prazo prescricional para a ação de indenização por extravio de mercadoria, em se tratando de transporte aéreo internacional, é de dois anos, conforme previsto no artigo 29 da Convenção de Varsóvia e, não, o do artigo 449, II, do Código Comercial. Mercadoria desembarcada, no Brasil, em 9.8.2000, enquanto esta demanda foi ajuizada em 6.8.2002. Preliminar refutada.

Transporte aéreo. Responsabilidade civil. Regressiva. Extravio/perda de mercadorias. Convenção de Varsóvia/Código Brasileiro de Aeronáutica x Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.1990). Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do CDC em relação à Convenção de Varsóvia e, também, ao Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986). Derrogações destas em relação aquele. O extravio/perda de mercadorias em transporte aéreo nacional, sujeita-se às regras do Código de Defesa do Consumidor. Danos materiais prevalecem os constantes dos documentos apresentados pela Seguradora que subrogou, via direito regressivo, nos direitos da seguradora e proprietária das mercadorias transportadas. Recurso não provido (e-STJ fl. 296).

Inconformada, a ré, FEDEX, interpôs recurso especial com base no art. 105, III, a, da CF, sustentando, quanto ao prazo prescricional, violação dos arts. 178, § 6º, II, do CC/1916 e 449, II, do Código Comercial. Eis a argumentação:

[...] em que pese estarmos tratando de transporte aéreo internacional, o que obriga a aplicação da Convenção de Varsóvia, no que se refere ao prazo de prescrição de *ação de seguradora em virtude de sinistro de contrato de seguro*, o nosso ordenamento jurídico (de acordo com as leis vigentes à época dos fatos – Código Civil de 1916 – artigo 17, § 6º, II, e Código Comercial – artigo 449, II) possui

previsão expressa, portanto específica, no sentido de que a prescrição ocorre em 1 ano.

Portanto, mesmo sendo aplicável ao caso a Convenção de Varsóvia, se estivermos tratando especificamente da matéria prescrição, o caso requer a sobreposição dos dispositivos supracitados à referida legislação aeronáutica, por serem ainda mais específicos (tratando-se de questão envolvendo seguro), impondo-se a observação do prazo anual (e-STJ fls. 324-325).

Relativamente à ilegitimidade ativa, aponta contrariedade ao art. 267, VI, do CPC, asseverando estar provado nos autos que a empresa segurada não era a destinatária da carga avariada. Adverte que, “desde a contestação, a recorrente demonstrou que o destinatário da carga era a empresa *América Cargo do Brasil* – o que jamais foi negado pela autora recorrida” (e-STJ fl. 328). E mais:

“Ressalve-se que o contrato de transporte celebrado com a Federal Express aponta como destinatário da carga a empresa *América Cargo do Brasil*, sendo que a Sociedade Beneficente, seguradora da autora/recorrida, é pessoa totalmente estranha a esta relação contratual.

Desta forma, não pode vislumbrar qualquer vínculo obrigacional entre Federal Express e Sociedade Beneficente.

Não tendo a segurada sub-rogante (Sociedade Beneficente) mantido qualquer relação jurídica com a recorrente, não há que se falar em qualquer direito seu face à *Federal Express*, e, conseqüentemente, a *Indiana Seguros S/A*, autora/sub-rogada, também não possui nenhum direito face à *Federal Express*, e, assim, não possui legitimidade ativa para propor a presente demanda.

Se a *Indiana Seguros S/A* (seguradora da **Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês**) pretende ser ressarcida da indenização que pagou à sua segurada, que, então acione a empresa contratada para o envio da mercadoria ao Brasil, ou a empresa que se responsabilizou pelo recebimento, únicas pessoas com quem esta manteve relação jurídica, mas jamais a *Federal Express*, que nenhuma relação ou obrigação assumiu face à **Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês**.

Daí se diz que houve violação ao artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, ante o não reconhecimento, equivocado, por parte do E. Tribunal ‘a quo’ da patente ilegitimidade ativa da recorrida, razão pela qual deve o presente recurso ser provido para a extinção do feito com base no referido dispositivo (e-STJ fls. 328-329).

Alega ofensa aos arts. 22, item 2, da Convenção de Varsóvia e 2º do CDC. Esclarece, inicialmente, que “a Convenção Internacional de Varsóvia, foi aprovada no Brasil através do Decreto n. 20.784/1931, tendo sido emendada

pelo protocolo de Haia, o qual foi promulgado no Brasil através do Decreto n. 56.643/1965, bem como foi emendada pelos Protocolos Adicionais de Montreal n. 1, 2 e 4, promulgados no Brasil através do Decreto Legislativo no 22/1979, e, mui recentemente, pelos Decretos n. 2.860 e 2.861, ambos de 7 de dezembro de 1998” (e-STJ fl. 329). Argumenta que, em decorrência do Protocolo Adicional de Montreal n. 2, “no transporte de mercadoria, ou de bagagem despachada, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, salvo declaração especial de valor feito pelo passageiro ou pelo expedidor no momento em que confirma os volumes ao transportador, e mediante o pagamento de uma taxa suplementar. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao valor real da bagagem despachada ou da mercadoria” (art. 22, item 2, “a”) (e-STJ fl. 330). Concretamente, conclui a recorrente que, tendo em vista que “o expedidor da mercadoria não cuidou de efetuar a ‘declaração especial’, imperiosa era a aplicação da limitação prevista no referido dispositivo” (e-STJ fl. 330).

Afirma que, diante do que dispõe o art. 178 da CF (redação da Emenda Constitucional n. 7/1995), “não se pode querer sobrepor as disposições da legislação consumerista às regras da Convenção Internacional de Varsóvia” (e-STJ fl. 331). Cita julgados desta Corte e do STF (cf. e-STJ fls. 331-336).

Entende que “o Código de Defesa do Consumidor não poderia ser aplicado à espécie, não somente pela incidência da legislação aeronáutica específica, mas também pelo fato de que a segurada da recorrida, a *Sociedade Beneficente das Senhoras do Hospital Sírio Libanês*, não pode ser considerada destinatária final dos serviços de transporte, nos termos do artigo 2º do CDC” (e-STJ fl. 336). “Isso porque, conforme se verifica da própria exordial, o bem transportado era um equipamento médico (raio-x), que serviria para a atividade comercial da importadora” (e-STJ fl. 336), ou seja, “a remessa desse equipamento nada mais” seria “que o emprego dos serviços de transporte como insumo e meio de viabilização de sua própria atividade empresarial, inserido em sua cadeia produtiva – o que retira a qualidade de destinatária final à luz do CDC” (e-STJ fl. 337).

Ao final, pede a recorrente assim:

a – Que seja recebido, devidamente processado e conhecido o presente recurso especial sob o fundamento da alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, e, que seja dado provimento ao presente recurso para o fim de reformar-

se o v. Acórdão recorrido, extinguindo-se o feito, em sede de preliminares, seja pela prescrição, seja pela ilegitimidade ativa – com a consequente violação aos seus respectivos dispositivos legais.

b – Caso ultrapassadas as preliminares supra, o que se diz apenas por argumentar, que se reconheça a negativa de vigência ao artigo 22, item 2, da Convenção de Varsóvia e artigo 2º do CDC, aplicando-se a limitação indenizatória prevista na referida legislação aeronáutica (e-STJ fl. 338).

A recorrida, autora, apresentou contrarrazões (e-STJ fls. 347-350), e o recurso especial não foi admitido na origem (e-STJ fls. 357-358), tendo seguimento em decorrência do provimento do Agravo de Instrumento n. 1.058.885-SP pelo em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Relator.

O recurso extraordinário, igualmente, não foi admitido (e-STJ fls. 359-360), interpondo-se agravo para o Supremo Tribunal Federal (e-STJ fl. 370).

O em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Relator, negou provimento ao recurso especial.

Sobre a alegada ilegitimidade ativa da seguradora, aplicou a vedação do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ, tendo em vista que a sentença, ratificada no acórdão recorrido, concluiu estar comprovado que o hospital segurado seria o destinatário da mercadoria avariada. Observou, ainda, que, na linha da jurisprudência desta Corte, a seguradora sub-rogou-se nos direitos, ações, privilégios e garantias do segurado, e a eventual intermediação do contrato de transporte por outras empresas não afasta o direito do hospital segurado, transferido à seguradora no momento em que ressarciu os prejuízos.

Quanto à prescrição ânua, igualmente a repeliu o em. Relator, anotando que a sub-rogação abrange o prazo prescricional. Em tal circunstância, incidindo o CDC na relação entre o segurado e a transportadora, referido diploma, quanto à prescrição, estender-se-ia à ação proposta pela seguradora – como sub-rogada – contra a transportadora.

Relativamente à pretendida indenização tarifada, não a acolheu, fundamentado em que (i) o hospital segurado ocupa posição jurídica de destinatário final do transporte, tendo em vista que o serviço contratado não é posto à revenda nem faz parte da cadeia produtiva, mediante montagem ou beneficiamento, e (ii) o CDC prevalece sobre a Convenção de Varsóvia.

O em. Ministro *Raul Araújo* também negou provimento ao recurso especial, divergindo do em. Relator quanto à fundamentação. Entendeu o em. Ministro que a condição de consumidor atribuída ao hospital não se transmite à

seguradora, sub-rogada, não incindo, portanto, o CDC. Para afastar a prescrição e a indenização tarifada, aplicou o Código da Aeronáutica e o Código Civil.

Em voto-*vista*, o em. Ministro *Marco Buzzi* acompanhou, inclusive na fundamentação, o voto do em. Ministro *Luiz Felipe Salomão*, Relator.

Entendo que o recurso especial deve ser provido em parte.

Revela-se incontroverso que a Sociedade Beneficente de Senhoras – Hospital Sírio Libanês importou da Alemanha um aparelho de Raio X, para tomografia computadorizada de corpo inteiro, da empresa Siemens.

Celebrado contrato de transporte aéreo com a ora recorrente, FEDEX, “verifica-se que a mercadoria objeto da presente ação chegou ao Brasil no dia 09 de agosto de 2000” danificada (e-STJ fl. 297). Daí que a recorrida, Indiana Seguros S.A., efetuou o pagamento do seguro ao hospital segurado e, em 6.8.2002, como sub-rogada, ajuizou a presente ação de indenização contra a transportadora (e-STJ fl. 4).

I. Prescrição: arts. 178, § 6º, II, do CC/1916 e 449, II, do Código Comercial

O Tribunal de origem, quanto ao prazo prescricional, aplicou a Convenção de Varsóvia, assim constando do acórdão recorrido:

O Colendo *Superior Tribunal de Justiça*, no REsp n. 220.564-RJ - 3ª Turma, Rel. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, DJU 6.12.1999, neste sentido: “Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Prescrição. O prazo prescricional para a ação de indenização por extravio de mercadoria, em se tratando de transporte aéreo internacional, é de dois anos, conforme previsto no artigo 29 da Convenção de Varsóvia e, não, o do artigo 449, II, do Código Comercial”.

Nestes autos, verifica-se que a mercadoria objeto da presente ação chegou ao Brasil no dia 9 de agosto de 2000, tendo sido a demanda ajuizada em 06 de agosto de 2002, dentro, pois do prazo de prescrição (art. 29 da Convenção de Varsóvia) (e-STJ fl. 297).

A recorrente insiste na prescrição ânua, apontando como violados os arts. 178, § 6º, II, do CC/1916 e 449, II, do Código Comercial (ambos revogados pelo art. 2.045 do CC/2002), os quais dispunham:

Art. 178. Prescreve:

[...]

§ 6º Em 1 (um) ano:

[...]

II – a ação do segurado contra o segurador e vice-versa, se o fato que a autorizava se verificar no país, contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do mesmo fato (art. 178, § 7º, V);

Art. 449 – Prescrevem igualmente no fim de 1 (um) ano:

[...]

2 – As ações por entrega da carga, a contar do dia em que findou a viagem.

Flagrantemente, os dispositivos acima reproduzidos não se aplicam ao caso concreto. O primeiro (arts. 178, § 6º, II, do CC/1916) porque diz respeito à ação do segurado contra o segurador, o que, sem dúvida, não se verifica neste feito, em que a seguradora, como sub-rogada, ajuíza ação contra a transportadora, causadora do dano. Nesse sentido, *v.g.*:

Civil. Prescrição. Seguro. Ação regressiva da seguradora. Prescrição. Prazo vintenário e não ânua. Art. 178, § 6º, II, CC. Recurso desacolhido.

– A ação regressiva da seguradora contra o causador do dano, porque não originada diretamente do contrato de seguro, prescreve em vinte anos, não se aplicando a prescrição ânua definida no art. 178, § 6º, II, do Código Civil (REsp n. 123.391-ES, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 23.6.1997).

Seguro. Ação regressiva da seguradora contra o causador do dano. Prescrição.

Não se fundando em contrato de seguro, mas na sub-rogação de direitos, a ação regressiva proposta pela seguradora contra o responsável pelos danos sujeita-se à prescrição vintenária, inaplicando-se o art. 178, § 6º, inc. II, do Código Civil.

Recurso especial não conhecido (REsp n. 83.839-MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ de 10.6.1996).

Especificamente quanto ao art. 449, II, do Código Comercial, nem mesmo se aplica a transporte aéreo. O em. Ministro *Eduardo Ribeiro*, Relator do REsp n. 220.564-RJ (precedente citado no acórdão recorrido), *Terceira Turma*, DJ de 6.12.1999, foi preciso ao adotar em seu voto o princípio de que a norma específica prevalece sobre a geral, assim:

O referido dispositivo do Código Comercial encerra previsão genérica para o transporte de cargas. Seu âmbito de aplicação não pode alcançar o transporte aéreo, que conta com regras específicas, consubstanciadas na Convenção de

Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica. No tocante à Súmula n. 151-STF, essa trata de transporte marítimo, tema estranho ao dos autos.

Se na legislação comercial o prazo prescricional é anual, na aeronáutica é bienal, quer se adote a Convenção de Varsóvia (art. 29), quer o Código Brasileiro de Aeronáutica. Ressalte-se, todavia, que no presente caso, cuida-se de transporte aéreo internacional, sendo inaplicáveis as normas desse último. A matéria rege-se pela Convenção de Varsóvia que dispõe que “a ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de 2 (dois) anos, a contar da data da chegada, ou do dia em que a aeronave deveria ter chegado a seu destino, ou da interrupção da prescrição”.

A respeito da hipotética aplicação ao presente caso das regras protetivas do CDC, haja vista ter-se cogitado ser o hospital destinatário final, *especificamente sobre a prescrição*, tal diploma não foi discutido no acórdão recorrido nem nas razões recursais, nem nas contrarrazões, descabendo fazê-lo neste julgamento quanto à referida questão jurídica. Basta repelir, pelos fundamentos acima explicitados, a alegação de afronta aos dispositivos citados, revelando-se despicando, no caso concreto, enveredar sobre o exame das normas do CDC.

Enfim, entendo que os arts. 178, § 6º, II, do CC/1916 e 449, II, do Código Comercial não foram violados, motivo suficiente para negar provimento ao recurso especial nessa parte.

II. Ilegitimidade ativa: art. 267, VI, do CPC

Extraio do acórdão recorrido que o TJSP repeliu a tese de ilegitimidade ativa baseado nos fatos e nas provas dos autos, nos seguintes termos:

3) Fica, outrossim, rechaçada a preliminar de ilegitimidade de parte ativa “ad causam” da Autora, visto que o documento de fls. 64 consta que no Aparelho de Raio X Somatom Balance foi destinado à segurada Sociedade Beneficente de Senhoras – Hospital Sírio Libanês. Enquanto o recibo de quitação de sinistro de fls. 111 faz prova da indenização paga no valor de R\$ 656.158,40, em 11 de maio de 2001 (e-STJ fl. 297).

Nesse ponto, a recorrente defende a tese de que “o destinatário da carga era a empresa *América Cargo do Brasil*” (e-STJ fl. 328). O recurso especial, sem dúvida, esbarra na vedação do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ, tendo em vista que o seu acolhimento depende do reexame das provas dos autos.

Com efeito, mantidas intactas as conclusões fático-probatórias do acórdão recorrido, tem-se que a seguradora, na condição de sub-rogada nos direitos,

ações, privilégios e garantias do segurado (art. 988 do CC/1916), possui legitimidade para propor a presente ação.

Afronta ao art. 267, VI, do CPC, portanto, não há, o que implica desprovimento do recurso a respeito dessa questão.

III. Indenização tarifada: arts. 22, item 2, da Convenção de Varsóvia e 2º do CDC

O Tribunal de origem afastou a indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia por entender que estaria caracterizada relação de consumo entre o hospital segurado e a transportadora e que as normas do CDC prevaleceriam em relação à referida convenção e sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986).

A recorrente, FEDEX, sustenta que os arts. 22, item 2, da Convenção de Varsóvia e 2º do CDC foram violados porque (i) incidiria a convenção pelo princípio da especialidade e (ii) a Sociedade Beneficente das Senhoras do Hospital Sírio Libanês, importadora do equipamento, não poderia ser considerada destinatária final dos serviços de transporte, descaracterizando-se a relação de consumo no contrato de transporte.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte converge no sentido de que o CDC, quando verificada a relação de consumo, prevalece sobre a Convenção de Varsóvia e sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, podendo-se citar, *v.g.*:

Agravo regimental em recurso especial. Ação condenatória (indenizatória). Danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de extravio de bagagem em voo aéreo internacional. Prevalência das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial. Harmonia entre o entendimento adotado pelo Tribunal de origem e a jurisprudência desta Corte.

Insurgência recursal da ré.

[...]

2. Em hipótese como a dos autos, na qual se pleiteia a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos decorrentes do extravio de sua bagagem, em transporte aéreo internacional, a jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de prevalência das normas do Código de Defesa do Consumidor em detrimento da Convenção de Varsóvia.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.314.620-SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 24.10.2013).

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Danos morais. Transporte aéreo internacional. Atraso de voo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Quantum* indenizatório. Súmula n. 7-STJ.

1. As indenizações tarifadas previstas nas Convenções Internacionais (Varsóvia, Haia e Montreal) não se aplicam ao pedido de danos morais decorrentes de má prestação do serviço de transporte aéreo internacional, prevalecendo o Código de Defesa do Consumidor.

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7-STJ).

3. Em hipóteses excepcionais, quando manifestamente irrisório ou exorbitante o valor da indenização, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice, para possibilitar a revisão.

4. No caso concreto, a indenização fixada pelo juízo singular em R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e mantida pelo Tribunal local não se revela excessiva.

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 39.543-RJ, da minha relatoria, Quarta Turma, DJe de 27.11.2012).

Agravo regimental no recurso especial. Extravio de bagagem. Seguradora sub-roga-se nos direitos do segurado em ação de regresso. A indenização pelo extravio de mercadoria, após o advento do CDC, não segue o tarifamento do Pacto de Varsóvia. Súmula n. 83-STJ. Agravo desprovido (AgRg no REsp n. 1.181.252-SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 20.8.2012).

Entretanto, no presente caso, divergindo do entendimento adotado pelos eminentes Ministros Relator e *Marco Buzzi*, entendo que o CDC não se aplica, tendo em vista que o contrato de transporte objeto destes autos não decorre de relação que se pode qualificar como de consumo, mas de simples relação jurídico-obrigacional de índole mercantil.

Nos termos do art. 2º, *caput*, do CDC, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A expressão “destinatário final”, por sua vez, deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o CDC, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, em regra, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio.

Evidentemente, sob esse enfoque, não se pode considerar destinatário final aquele que, de alguma forma, com propósito meramente comercial, adquire o

produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização. Confira-se, a respeito, a lição de CLÁUDIA LIMA MARQUES:

Para os *finalistas*, como eu, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, conviria delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não necessita dela, quem é consumidor e quem não é. Os finalistas propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básico do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º.

Destinatário final seria aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. 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 do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Parece-me que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurada um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.

As exceções, sempre nesta visão teleológica, devem ser estudadas pelo Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, uma vez que a vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica e informacional, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade (uma farmácia); interpretar o art. 2º de acordo com o *fim da norma*, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais. Note-se que neste caso se presume que a pessoa física seja sempre consumidora frente a um fornecedor e se permite que a pessoa jurídica vulnerável prove sua vulnerabilidade (Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 68-69).

No caso presente, a aquisição do equipamento de *raio x* destina-se a ampliar a prestação de serviços pelo hospital ao destinatário final, que é o paciente. Em outras palavras, a aquisição do bem tem como objetivo único incrementar a atividade da instituição hospitalar, ampliando e melhorando a gama de serviços e aumentando os lucros.

Sob esse enfoque, não se pode conceber o contrato de transporte isoladamente. Na verdade, a importação do equipamento de *raio x* tem natureza de ato complexo, envolvendo (i) a compra e venda propriamente dita, (ii) o desembarço para retirar o bem do país de origem, (iii) o eventual seguro, (iv) o transporte e (v) o desembarço no país de destino mediante o recolhimento de taxas, impostos etc. Tais etapas do ato complexo de importação, conforme o caso, podem ser efetivadas diretamente por agentes da própria empresa adquirente – no caso o hospital – ou envolver terceiros contratados para cada fim específico. Mas esta última possibilidade – contratação de terceiros –, por si, não permite que se aplique separadamente, a cada etapa, normas legais diversas da incidente sobre o ciclo completo da importação.

Partindo da premissa incontroversa de que a importação – aí incluídos todos os atos praticados e contratos celebrados ao longo do respectivo ciclo – visa a incrementar a atividade econômica, hospitalar, não há como considerar a importadora, Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírío Libanês, destinatária final do ato complexo de importação nem dos atos e contratos intermediários, entre eles o contrato de transporte, para os propósitos da tutela protetiva da legislação consumerista.

A meu ver, aplica-se aqui o mesmo entendimento adotado nesta Corte nos casos de financiamento bancário ou de aplicação financeira com o propósito de ampliar capital de giro e de fomentar a atividade empresarial. O capital obtido da instituição financeira, evidentemente, destina-se, apenas, a fomentar a atividade industrial, comercial ou de serviços e, com isso, ampliar os negócios e o lucro. Daí que a tais operações não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pela ausência da figura do consumidor, definida no art. 2º do referido diploma. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Repetição de indébito. Financiamento empresarial. CDC. Inaplicabilidade. Alteração da conclusão do Tribunal de origem. Reexame do contexto fático-probatório. Inviabilidade. Restituição em dobro. Inexistência de má-fé. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Juros moratórios. Ausência de prequestionamento do artigo apontado como violado. Súmulas n. 282 e 356-STF. Aplicação. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. A jurisprudência deste Sodalício é uníssona quanto a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos casos em que o financiamento obtido pelo empresário for destinado precipuamente a incrementar sua atividade negocial, não podendo ser qualificado como destinatário final, porquanto inexistente a pretendida relação de consumo. Precedentes.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 386.182-AP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 28.10.2013).

Processual Civil. Contrato bancário. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental no agravo em recurso especial. Excesso de execução. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Mútuo bancário para obtenção de capital de giro. Inaplicabilidade do CDC. Decisão mantida.

[...]

3. A empresa que celebra contrato de mútuo bancário com a finalidade de obtenção de capital de giro não se enquadra no conceito de consumidor final previsto no art. 2º do CDC. Precedente.

4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 71.538-SP, desta Relatoria, Quarta Turma, DJe de 4.6.2013).

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Ação de revisão de contrato de financiamento para aquisição de franquia cumulada com repetição de indébito. Relação de consumo. Inexistência.

1.- Conforme entendimento firmado por esta Corte, o critério adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.

2.- No caso dos autos, em que se discute a validade das cláusulas de dois contratos de financiamento em moeda estrangeira visando viabilizar a franquia para exploração de Restaurante "Mc Donald's", o primeiro no valor de US\$ 368.000,00 (trezentos e sessenta e oito mil dólares) e o segundo de US\$ 87.570,00 (oitenta e sete mil, quinhentos e setenta dólares), não há como se reconhecer a existência de relação de consumo, uma vez que os empréstimos tomados tiveram o propósito de fomento da atividade empresarial exercida pelo recorrente, não havendo, pois, relação de consumo entre as partes.

3.- Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.193.293-SP, Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 11.12.2012).

Contrato de *factoring*. Recurso especial. Caracterização do escritório de *factoring* como instituição financeira. Descabimento. Aplicação de dispositivos do

Código de Defesa do Consumidor à avença mercantil, ao fundamento de se tratar de relação de consumo. Inviabilidade.

1. As empresas de *factoring* não são instituições financeiras, visto que suas atividades regulares de fomento mercantil não se amoldam ao conceito legal, tampouco efetuam operação de mútuo ou captação de recursos de terceiros. Precedentes.

2. “A relação de consumo existe apenas no caso em que uma das partes pode ser considerada destinatária final do produto ou serviço. Na hipótese em que produto ou serviço são utilizados na cadeia produtiva, e não há considerável desproporção entre o porte econômico das partes contratantes, o adquirente não pode ser considerado consumidor e não se aplica o CDC, devendo eventuais conflitos serem resolvidos com outras regras do Direito das Obrigações”. (REsp n. 836.823-PR, Rel. Min. *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, DJ de 23.8.2010).

3. Com efeito, no caso em julgamento, verifica-se que a ora recorrida não é destinatária final, tampouco se insere em situação de vulnerabilidade, porquanto não se apresenta como sujeito mais fraco, com necessidade de proteção estatal, mas como sociedade empresária que, por meio da pactuação livremente firmada com a recorrida, obtém capital de giro para operação de sua atividade empresarial, não havendo, no caso, relação de consumo.

4. Recurso especial não provido (REsp n. 938.979-DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 29.6.2012).

Embargos declaratórios. Efeito infringente. Recebimento como agravo regimental. Recurso especial. Cédulas rurais. Incidência da legislação consumerista. Destinatário final. Não caracterização. Súmula n. 7-STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

1. Desqualifica a condição de consumidor final a utilização dos recursos obtidos mediante financiamento por meio de cédulas rurais para a compra de insumos e o fomento da produção.

[...]

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento (EDcl no REsp n. 1.171.343-DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 27.9.2011).

Entendo que, da mesma forma que o financiamento e a aplicação financeira mencionados fazem parte e não podem ser desmembrados do ciclo de produção, comercialização e de prestação de serviços, o contrato de transporte igualmente não pode ser retirado do ato complexo de importar equipamento para ampliar os serviços no hospital em apreço. Observe-se que, num e noutro caso, está-se diante de uma engrenagem complexa, que demanda a prática de vários outros

atos com o único escopo de fomentar a atividade da pessoa jurídica. No caso presente, almejam-se lucros mediante a utilização do equipamento na cadeia produtiva, e, sem o respectivo transporte para o Brasil, tal objetivo ficaria inviabilizado.

Nessa linha de entendimento, trago os seguintes precedentes da *Terceira Turma*, nos quais, para efeito de afastar a relação de consumo, o contrato de transporte foi vinculado à finalidade do bem transportado de incrementar a atividade da empresa contratante:

Direito Civil e Direito do Consumidor. Transporte aéreo internacional de cargas. Atraso. CDC. Afastamento. Convenção de Varsóvia. Aplicação.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei n. 8.078/1990, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. Em situações excepcionais, todavia, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista, para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

4. Na hipótese em análise, percebe-se que, pelo panorama fático delineado pelas instâncias ordinárias e dos fatos incontroversos fixados ao longo do processo, não é possível identificar nenhum tipo de vulnerabilidade da recorrida, de modo que a aplicação do CDC deve ser afastada, devendo ser preservada a aplicação da teoria finalista na relação jurídica estabelecida entre as partes.

5. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 1.358.231-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.6.2013).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Inadmissão de recurso especial. Transporte multimodal de cargas. Extravio. Responsabilidade civil. Pagamento de indenização securitária. Sub-rogação. Prazo prescricional. Não aplicação do CDC. Contrato mercantil. Atração dos Enunciados Sumulares n. 7 e 83-STJ. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag n. 1.291.994-SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 6.3.2012).

Agravo regimental no recurso especial. Transporte marítimo. Avarias nas cargas transportadas. Ação de regresso proposta pela seguradora. Negativa de prestação jurisdicional. Alegação genérica. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 284-STF. Prescrição. Inaplicabilidade do CDC à espécie. Prazo anual aplicável. Acórdão recorrido em desacordo com o entendimento desta Corte. Recurso improvido (AgRg no REsp n. 1.221.880-RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe de 2.10.2012).

Agravo regimental no recurso especial. Transporte marítimo de mercadoria. Seguradora. Cobrança. Prescrição civil. Ausência de relação de consumo.

1. Esta Corte já firmou entendimento de que, ao efetuar o pagamento da indenização ao segurado em decorrência de danos causados por terceiro, a seguradora sub-roga-se nos direitos daquele, podendo, dentro do prazo prescricional aplicável à relação jurídica originária, buscar o ressarcimento do que despendeu, nos mesmos termos e limites que assistiam ao segurado.

2. No caso de não se averiguar a relação de consumo no contrato de transporte firmado, já decidiu esta Corte Superior que é de 1 (um) ano o prazo prescricional para propositura de ação de segurador sub-rogado requerer da transportadora o ressarcimento pela perda da carga. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp n. 1.169.418-RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 14.2.2014).

Finalmente, não se desconhece que esta Corte tem atenuado a incidência da teoria finalista, aplicando o Código de Defesa de Consumidor quando, apesar de relação jurídico-obrigacional entre comerciantes ou profissionais, estiver caracterizada situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência. Confira-se, *v.g.*:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Venda pela *internet*. Cartão de crédito clonado. Inaplicabilidade do Código Consumerista. Interpretação de cláusula contratual e reexame de provas. Descabimento. Súmulas STJ n. 5 e 7. Decisão agravada mantida. Improvimento.

1.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade, hipótese não observada caso dos autos.

[...]

3.- Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp n. 328.043-GO, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 328.043-GO).

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Embargos à execução em cédula de crédito bancário. Decisão monocrática que negou provimento ao agravo, mantendo hígida a decisão de inadmissibilidade do recurso especial. Irresignação da executada.

[...]

4. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica.

O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfrentamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da Súmula n. 7-STJ. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido (EDcl no AREsp n. 265.845-SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 1º.8.2013).

Direito Civil e Processual Civil. Código de Defesa do Consumidor para proteção de pessoa jurídica. Teoria finalista aprofundada. Requisito da vulnerabilidade não caracterizado. Exigibilidade de obrigação assumida em moeda estrangeira. Fundamento do acórdão não atacado.

1.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

2.- No caso dos autos, tendo o Acórdão recorrido afirmado que não se vislumbraria a vulnerabilidade que inspira e permeia o Código de Defesa do Consumidor, não há como reconhecer a existência de uma relação jurídica de consumo sem reexaminar fatos e provas, o que veda a Súmula n. 7-STJ.

[...]

4.- Agravo Regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.149.195-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 1º.8.2013).

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Teoria finalista. Destinatário final. Não enquadramento. Vulnerabilidade. Ausência. Reexame de fatos e provas. Recurso especial. Súmula n. 7-STJ.

[...]

2. Consoante jurisprudência desta Corte, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva).

3. Esta Corte tem mitigado a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica.

4. Tendo o Tribunal de origem assentado que a parte agravante não é destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente, é inviável a pretensão deduzida no apelo especial, uma vez que demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que se sabe vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7 desta Corte.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (EDcl no Ag n. 1.371.143-PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 17.4.2013).

No presente caso, entretanto, além de não apreciado tal aspecto, tem-se que o hospital importador não revela vulnerabilidade ou hipossuficiência, o que afasta a incidência das normas do CDC.

Inexistindo relação de consumo entre o segurado e a transportadora, circunstância que impede a aplicação das regras específicas do CDC, há que ser observada a Convenção de Varsóvia, que regula especificamente o transporte aéreo internacional, dispondo o art. 22, item 2, alínea **b**, assim:

b) No transporte de mercadorias limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor no momento de confiar os volumes ao transportador e mediante pagamento de uma eventual taxa suplementar. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao valor real da mercadoria (Protocolo Adicional n. 4, assinado em Montreal, em 25 de setembro de 1975, promulgado no Brasil pelo Decreto Federal n. 2.861, de 7.12.1998).

A indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia, portanto, equivalente a “17 Direitos Especiais de Saque por quilograma”, deve prevalecer, ressaltando-se não haver notícia de “declaração especial de valor” apresentada pelo hospital importador na forma do art. 22, item 2, alínea **b**, acima reproduzido. Ora, se o importador, contratualmente, preferiu não fazer a referida “declaração”, não há dúvida de que livremente optou pelo risco de receber a indenização tarifada. Ou seja, desembolsou menos pelo transporte, mas, por escolha própria, correu um risco maior, o que, no âmbito das relações comerciais, é absolutamente legal. Por isso, acatou-se por meio de um contrato de seguro.

Passando, agora, a enfrentar a situação da seguradora, *Indiana Seguros S.A.*, a jurisprudência deste Tribunal Superior confere-lhe os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou. Sobre o tema, confirmam-se os seguintes precedentes:

Direito Civil. Recurso especial. Seguro de transporte de mercadoria. Fatos ocorridos antes da vigência do Código Civil de 2002, que passou a regular o transporte de pessoas e coisas. Sinistro. Indenização. Sub-rogação. Seguradora assume a posição da segurada. Relação mercantil. Inaplicabilidade das regras do CDC.

1. *A seguradora, arcando com a indenização securitária, está sub-rogada nos direitos de sua segurada, podendo, dentro do prazo prescricional aplicável à relação jurídica entabulada por esta, buscar o ressarcimento do que despendeu, nos mesmos termos e limites que assistiam à segurada.*

2. No entanto, a relação jurídica existente entre a segurada e a transportadora ostenta nítido caráter mercantil, não podendo, em regra, ser aplicada as normas inerentes às relações de consumo, pois, segundo apurado pela instância ordinária, “o segurado utilizou a prestação de serviço da ré transportadora como insumo dentro do processo de transformação, comercialização ou na prestação de serviços a terceiros; não se coadunando, portanto, com o conceito de consumidor propriamente dito, mas sim pretendendo a exploração da atividade econômica visando a obtenção do lucro”.

3. O Código Civil de 2002 regula o contrato de transporte de pessoas e coisas nos artigos 730 a 756. No entanto, a referida relação jurídica era anteriormente regulada pelo Decreto-Lei n. 2.681/1912, aplicando-se a prescrição ânua, conforme dispunha o art. 9º do mencionado Diploma. Precedentes do STF e desta Corte.

4. Recurso especial não conhecido (REsp n. 982.492-SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 17.10.2011).

Contrato de transporte de mercadoria. Desvio da carga. Indenização ação regressiva. Seguradora. Sub-rogação. Prescrição. Termo inicial. Aplicação do Decreto n. 2.681/1912. Vigente à época dos fatos. Precedentes do STF. Protesto interruptivo. Incidência do artigo 171, I e II do Código Civil. Precedentes deste STJ. Recurso especial provido.

1. *A Seguradora, ao efetuar o pagamento da indenização decorrente do prejuízo advindo pelo desvio da carga, ocorrido por culpa da transportadora, sub-rogou-se nos direitos da segurada em se ressarcir dos valores, acrescidos de juros e correção monetária. A Seguradora assume o lugar de sua cliente, pois honrou integralmente com o pagamento da indenização devida. Nestes termos, recebe os mesmos direitos e deveres da sub-rogada, nos limites da sub-rogação.*

2. Em regra, para os contratos de transporte, aplica-se o Código Civil e o CDC; e no que não for incompatível ou houver lacuna, a legislação especial. Quando se tratar de transporte de carga, deverá se averiguar a existência de relação de consumo. Se ausente a relação consumerista, afasta-se o CDC e aplica-se as regras não revogadas do Código Comercial, as gerais do C. Civil e a legislação específica.

3. Nos termos da jurisprudência sumulada do STF (Súmula n. 151), é de 1 (um) ano o prazo para ação do segurador sub-rogado requerer da transportadora o ressarcimento pela perda da carga. Na esteira de precedentes da Suprema Corte, “a lei sobre transporte por estrada de ferro é aplicável ao transporte rodoviário”.

4. Possui natureza comercial o contrato de transporte de mercadoria firmado entre o transportador e o profissional da indústria e do comércio, como serviço agregado à atividade principal. Na hipótese dos autos, sendo de 1 (um) ano o prazo para a seguradora sub-rogada, a prescrição tem início, em caso de furto ou perda da mercadoria transportada, a partir do trigésimo dia em que esta deveria ter sido entregue, nos termos do artigo 9º do Decreto-Lei n. 2.618/1912.

5. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em se tratando de protesto interruptivo, a prescrição se interrompe pela intimação da pessoa contra quem a medida for requerida. Aplicação do artigo 171, I e II do Código Civil.

6. Recurso especial a que se dá provimento para afastar a prescrição, determinando o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que julgue o mérito da ação indenizatória, como entender de direito (REsp n. 705.148-PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 1º.3.2011).

Agravo regimental em recurso especial. Transporte aéreo de mercadoria. Extravio. Legitimidade ativa da seguradora. Sub-rogação. Prazo prescricional. Indenização ampla.

1. *A seguradora, ao ressarcir a sua segurada pelos prejuízos decorrentes de extravio de mercadoria, sub-roga-se nos direitos dessa, podendo ajuizar ação contra a empresa responsável pelo transporte aéreo.* Precedentes.

2. *A sub-rogação não restringe os direitos sub-rogados (art. 988 do CC/1916), de modo que o prazo prescricional a ser aplicado deve ser o mesmo previsto para a segurada.*

3. Incabível a limitação da indenização prevista na Convenção de Varsóvia. Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 773.250-RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 28.9.2010).

Civil e Processual. Agravo regimental no agravo de instrumento. Transporte aéreo internacional. Indenização devida em consonância com o prejuízo efetivamente havido.

I. *Em vôo internacional, se não foram tomadas todas as medidas necessárias pela transportadora para que não se produzisse o dano, justifica-se a obrigação de indenizar, à qual se aplica o Código de Defesa do Consumidor - CDC, situação em que se sub-roga a seguradora que cobriu os prejuízos da contratante do transporte. Precedentes do STJ.*

II. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag n. 957.245-RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe de 29.9.2008).

Embargos de declaração. Pretensão de efeitos modificativos. Impossibilidade. Transporte aéreo. Aplicação do CDC. Ação regressiva. Sub-rogação da seguradora nos direitos do consumidor.

I - *A seguradora sub-roga-se em todos os direitos do segurado, mais ainda em relação à restituição do valor integral devido a título de indenização pelo prejuízo sofrido pelo consumidor.*

II - O acolhimento dos Embargos de Declaração para concessão de efeitos modificativos somente se verifica em casos excepcionalíssimos, e se presentes os vícios do art. 535, I e II do CPC.

III - Embargos Declaratórios rejeitados (EDcl no REsp n. 257.833-SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ de 4.6.2001).

Seguro. Prescrição. Ação regressiva da seguradora.

I – Ação regressiva da Seguradora, como sub-rogada no direito do Segurado, contra o causador do dano, prescreve em vinte anos (Art. 177, CC).

II – Recurso conhecido e provido (REsp n. 191.162-DF, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ de 14.6.1999).

Segurador. Sub-rogação. Contrato de transporte.

Não adimplindo o transportador sua obrigação de entregar a carga no destino, deverá, para forrar-se da obrigação de indenizar, alegar e provar que a falta se deveu a força maior.

O segurador que paga a indenização sub-roga-se nos direitos do segurado, podendo exigir indenização do transportador, nos mesmos termos em que aquele o poderia, nos limites do que houver pago (REsp n. 88.745-PE, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ de 4.5.1998).

Responsabilidade civil. Ação regressiva da seguradora contra terceiro causador do dano. Prescrição vintenária. Inaplicação do inciso II do par. 6 do art. 178 do Código Civil. Precedentes.

– O prazo prescricional da ação movida, com fundamento na sub-rogação de direitos e não no contrato de seguro, pela seguradora contra terceiro causador do dano e vintenário.

– Recurso provido (REsp n. 102.339-RJ, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ 14.10.1996).

Em tais condições, no caso, incide a norma genérica do art. 988 do CC/1916, vigente à época dos fatos, que assim dispunha:

Art. 988. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

O Código Civil/2002, por sua vez, que não se aplica a este processo, inovou ao inserir norma específica para o “seguro”, assim disciplinando o “seguro de dano”:

Art. 786. Paga a indenização, o segurador sob-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

Em síntese, no caso concreto não se pode cogitar da aplicação do CDC em favor da seguradora, tendo em vista que, conforme anotei anteriormente, não há relação de consumo no contrato de transporte envolvendo o hospital e a FEDEX, transportadora. Com efeito, tratando o contrato originário de transporte aéreo internacional, a seguradora, *Indiana Seguros S.A.*, sub-roga-se nos direitos disciplinados na Convenção de Varsóvia, sendo, portanto, limitada a indenização.

Nessa parte, então, divergindo parcialmente dos votos que me antecederam, considero violado o art. 22, item 2, da Convenção de Varsóvia, sendo tarifada a indenização.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *lhe dou parcial provimento* para determinar que o Juízo de primeiro grau julgue a causa com fundamento na limitação tarifada prevista na Convenção de Varsóvia, examinando, inclusive, se o valor equivalente a “17 Direitos Especiais de Saque por quilograma” foi pago pela ré.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, peço vênias ao eminente Relator e ao Ministro Buzzi para aderir ao voto ora apresentado

pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, com o qual concordo inteiramente, sobretudo quando estabelece que a interpretação do âmbito das relações jurídicas disciplinadas pelo direito do consumidor deve ser estrita de forma a que se possa proteger realmente aquele que o legislador quis proteger, que é a parte vulnerável da relação jurídica. Isso, a meu ver, é a pedra de toque que deve sempre inspirar a definição das relações jurídicas em que se aplica o CDC.

Especificamente quanto ao contrato de transporte, lembro precedente da relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, no Recurso Especial n. 705.148-PR, no qual também se discutia direito de regresso da seguradora que havia honrado indenização relativa a contrato de seguro de transporte terrestre de mercadorias, e, naquele caso, entendeu a Turma, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que:

Em regra, para os contratos de transportes, aplica-se o Código Civil e o CDC, e no que não for incompatível ou houver lacuna, a legislação especial. Quando se tratar de transporte de carga, deverá se averiguar a existência de relação de consumo. Se ausente a relação consumerista, afasta-se o CDC e aplica-se as regras não revogadas do Código Comercial, as regras do Código Civil e a legislação específica.

Naquele caso, entendeu o Relator que:

Possui natureza comercial o contrato de transporte de mercadoria firmado entre o transportador e o profissional da indústria e do comércio como serviço agregado à atividade principal.

Nesse caso, não é o transporte de uma mercadoria que vai ser revendida, como sucedeu no Recurso Especial n. 705.148-PR, mas é o transporte de um dos equipamentos utilizados pelo hospital para desenvolver a sua atividade prestando serviço ao destinatário final, que é, esse sim, o consumidor, o paciente.

O voto do Ministro Luís Felipe Salomão, já citado, reportou-se à doutrina de Gustavo Tepedino, que, a meu ver, é bem específica também para este caso que estamos examinando, em que ele trata da aplicação do Código do Consumidor a contratos de transporte, distinguindo:

Diverso, contudo, afigura-se o transporte de carga. Neste caso, deve-se proceder a exame minucioso para verificar se o destinatário é o destinatário final

do bem transportado. Não basta, portanto, que o transportador faça cessar a circulação física do bem. Para configurar relação de consumo, o bem não deverá ser posteriormente utilizado como insumo ou instrumento de produção.

Parece-me que, no caso, esse equipamento médico é instrumento da atividade econômica desenvolvida pelo hospital e, portanto, não deve ser considerada uma relação de consumo a travada entre o hospital e a transportadora.

Enfatizo, também, como já enfatizado no voto-vista do Ministro Antônio Carlos Ferreira, que a empresa, que celebrou o contrato de transporte com a transportadora, optou por celebrar um contrato de transporte sem declarar o valor do bem transportado, na linha do que permitia, e permite, a Convenção de Varsóvia. Se tivesse firmado contrato de transporte com declaração de valor, ter saído dessa regra de indenização tarifada, mas, por outro lado, teria que pagar um frete mais caro. Preferiu pagar um frete mais barato, transportando a mercadoria sem declaração de valor e precaveu-se contratando uma seguradora. À seguradora, naturalmente, cabe a ela, ao celebrar o contrato de seguro, avaliar o risco que está segurando, e deve ter observado que estava segurando um contrato de transporte no qual a empresa contratante, a segurada, não havia feito declaração de valor, e, portanto, nos termos da legislação em vigor, não haveria direito ao ressarcimento em caso de dano, exceto dentro do limite da Convenção de Varsóvia, ou seja, a seguradora, ao decidir o valor do prêmio que cobraria, teve em conta, na avaliação do risco, que estava correndo o risco de segurar um transporte no qual a empresa contratante do transporte havia optado por pagar um frete mais barato, exatamente porque fazendo sem declaração de valor.

Portanto, o risco foi assumido pela seguradora, e não vejo como nem aplicar a regra do CDC e nem considerar que a seguradora teria mais direito do que a própria segurada contra a empresa transportadora, direito esse que, em razão de opção feita pelo próprio hospital, estaria limitado às regras tarifárias da Convenção de Varsóvia, porque ela não quis declarar o valor da carga a ser transportada.

Portanto, com a devida vênia e com todas essas considerações, acompanho o voto divergente. Dou parcial provimento ao recurso especial.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Teresa Ancona Lopez¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

A Sociedade Beneficente de Senhoras – Hospital Sírio Libanês celebrou contrato com a Federal Express Corporation – FEDEX para que transportasse aparelho de raio X da marca Siemens adquirido na Alemanha. Para coibir eventuais riscos durante o transporte, contratou seguro de transporte internacional com a empresa Indiana Seguros S.A.. Na chegada ao Brasil, 09.08.2000, verificou-se que o delicadíssimo equipamento sofrera irremediáveis danos durante o transporte. Dessa forma, teve a Indiana Seguros S.A. que pagar indenização ao segurado, o Hospital Sírio Libanês, em 11.05.2001.

Agora, a seguradora pretende receber da transportadora, FEDEX, a quantia paga, sub-rogando-se em todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo credor, o hospital, conforme artigo 988 do Código Civil de 1916, diploma vigente à época da demanda.

Para ser reembolsada, a seguradora ajuizou ação de indenização em face da transportadora mostrando que celebrou contrato de seguro com o hospital a fim de coibir os riscos do transporte e provando que, na chegada da aeronave, foram constatados os danos ao equipamento.

Na primeira instância, a transportadora, ré, foi condenada a pagar a indenização exigida pela seguradora, autora, corrigida desde 2001 com juros a partir da citação, custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10%.

Em sede de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a transportadora, ora apelante, não obteve êxito, mantida a sentença.

Inconformada, a transportadora interpôs Recurso Especial e, ao final, restou afastada a relação de consumo, aplicando-se, no caso, o disposto na Convenção de Varsóvia, tarifando-se a indenização.



¹ Professora Titular da Faculdade de Direito das Universidade de São Paulo do Largo São Francisco

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Desde o ajuizamento da ação até o julgamento do Recurso Especial, são vários os pontos controvertidos que se mantêm durante todo o debate processual. Dessa forma, a primeira grande controvérsia se refere à aplicação das Leis, ou seja, se caso deveria ser resolvido conforme o CDC ou a Convenção de Varsóvia, ratificada pelo Brasil, mais seus aditivos de Haia e Montreal, bem como o Código Brasileiro Aeronáutico, visto tratar-se de transporte aéreo internacional.

Os juízos de primeiro e segundo grau entenderam que, no caso, não se aplicam as regras de direito do consumidor, porquanto não existiu relação de consumo entre a transportadora e o hospital. O caso foi, como já se adiantou, resolvido pela Convenção de Varsóvia.

Toda discussão, assim, vai gravitar em torno da classificação ou não do hospital como consumidor, posto influenciar diretamente no arbitramento da indenização, assim como no reconhecimento ou não da prescrição.

O hospital Sírio Libanês é consumidor?

O sistema consumerista aparece para proteger a parte vulnerável e hipossuficiente em uma relação não igualitária que é a relação de consumo. O consumidor é aquele que retira o produto do mercado. O consumo é o último estágio do processo econômico. Assim, o consumidor sempre é aquele que adquire um bem ou serviço para *uso não profissional*; esse é o critério essencial para a distinção entre consumidor e não consumidor. Porém, como afirmam Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz, “profissionais e consumidores não formam duas classes distintas de cidadãos. Nós somos todos consumidores, constatou o Presidente Kennedy em 1962”².

A partir do momento que resta caracterizado o agente como consumidor, este passa a ser protegido pela presunção *juris et de jure* de vulnerabilidade nas relações contratuais no Mercado.

No caso em debate, o grande problema é que nosso CDC protege tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas (art. 2º). Contudo, já há mais de uma década, o STJ vem interpretando o citado artigo de forma justa e coerente, criando,

² *Droit de la consommation*. 7ª ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 9 (tradução nossa).

inclusive, a figura do “consumidor intermediário”. Este Tribunal, acompanhando as lições de Cláudia Lima Marques, interpreta a locução *destinatário final* de maneira restrita, a saber: “Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. 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.”³

Em conclusão, o hospital não pode ser considerado consumidor, posto que a aquisição do equipamento danificado destinava-se para uso profissional com fito de obtenção de maiores lucros.

Além disso, a importação do aparelho de Raio X pelo hospital é ato complexo e o contrato de transporte desse aparelho não pode ser visto isoladamente, porque a importação envolve, nos dizeres do Ministro Antonio Carlos Ferreira, “(i) a compra e venda propriamente dita, (ii) o desembarço para retirar o bem do país de origem, (iii) o eventual seguro, (iv) o transporte e (v) o desembarço no país de destino mediante o recolhimento de taxas, impostos etc.” (fls. 31).

Em suma, esse é um caso de relação jurídica entre profissionais.

Todavia, merece destaque o brilhantismo do relatório elaborado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, quando viu, no caso, uma relação de consumo em virtude da existência de um contrato de transporte, negando provimento ao Recurso Especial. Em outras palavras, o objeto da relação jurídico-contratual entre hospital e transportadora era o transporte em si e não o equipamento, este sim para uso profissional e objeto da relação jurídico-contratual entre o hospital e fabricante do equipamento, empresa fora da relação processual. Nesse sentido, a posição do Ministro, considerando o caso *sub judice* protegido pelas leis consumeristas, se apoia em torrencial jurisprudência do STJ que considera o contrato de transporte como relação de consumo, sempre.

Em nosso sentir, cumpre destacar, de fato existirá a relação de consumo, mas desde que uma das partes for passível de ser enquadrada como consumidor.

³ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 83

A sub-rogação da seguradora nos direitos do segurado, o hospital.

É pacífica a posição do STJ quanto à sub-rogação do segurador nos direitos do segurado. Contudo, não é pacífica a sub-rogação do segurador quando o segurado é consumidor, embora seja admitida pela maioria dos Ministros.

A sub-rogação de empresa de seguros nos direitos do segurado consumidor é, no mínimo, incompatível com o espírito protetivo do sistema consumerista. As vantagens e proteções conferidas pelo CDC ao segurado, quando da sub-rogação em favor do segurador, criam a figura de um ente *hipersuficiente*, com mais direitos que detinha originariamente; uma empresa seguradora, possivelmente poderosa no Mercado financeiro, passa a contar com os trunfos dados pela legislação ao consumidor hipossuficiente; ou seja, como num passe de mágica, a pessoa jurídica que só fitava a obtenção de lucros se torna consumidor. Evidentemente, a sub-rogação do segurador nos direitos do segurado deve continuar, mas dentro dos direitos e privilégios do direito comum.

Polêmica quanto ao prazo prescricional.

A corrente que considerou a importação e o transporte do raio X para o hospital relação de consumo defendeu o prazo prescricional de 1 ano na forma do revogado artigo 178, §6º, II, do Código Civil, e artigo 449, II, do Código Comercial, vigentes na época. Cabe, neste ponto, esclarecer a polêmica: O CDC, posto que deva ser considerado quando se cogita de uma relação consumerista, estabelece 5 anos no seu artigo 27 – e não 1.

Porém, restou aplicado o prazo prescricional de 2 anos conforme prevê o Código Brasileiro de Aeronáutica.

Polêmica quanto ao valor da indenização.

A mesma corrente a favor da relação de consumo defendeu a aplicação de perdas e danos de forma integral, sem limitação.

No lado oposto, a corrente majoritária deste acórdão entendeu, corretamente, pela aplicação da indenização tarifada conforme a mencionada Convenção de Varsóvia, posto que não considera o hospital consumidor.

A indenização, então, teve se seguir o Protocolo Adicional de Montreal nº 2: “No transporte de mercadoria ou transporte de bagagem despachada limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de *17 direitos especiais de saque*

por quilograma, salvo declaração especial de valor e mediante pagamento de uma taxa suplementar.” Nesse caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada. Todavia, o hospital não fez essa declaração de valor e não pagou essa taxa suplementar, preferindo comprar uma apólice de seguro no caso de danos à mercadoria transportada. A seguradora se sub-rogou nos mesmos direitos, ações e privilégios do segurado que indenizara. Como diz parte da ementa do acórdão examinado: “Concretamente, portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada, disciplinada pela Convenção de Varsóvia e seus aditivos.”

Como vemos, coube à seguradora uma quantia irrisória.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas conclusões podem ser extraídas. Vamos a elas:

(i) O contrato de transporte, mesmo o internacional, é relação de consumo quando uma das partes pode ser qualificada como consumidora no sentido estrito e técnico. A jurisprudência do STJ é torrencial nesse sentido.

(ii) Mas, o contrato de transporte não pode ser considerado como relação de consumo quando a contraparte é um profissional; a relação, então, será empresarial ou comercial, entre dois profissionais. Isso se dá no caso da pessoa jurídica ser consumidora final somente de fato. Ou seja, retira o bem ou serviço do mercado, mas usa no seu proveito econômico para transformar ou melhorar sua empresa e obter mais lucros. É o que se chama de “consumidor intermediário” em alguns acórdãos do STJ. Por outro lado, o próprio STJ considera consumidores pequenas empresas que adquirem bens ou serviços, mas são vulneráveis no mercado global.

(iii) O contrato de transporte internacional em que o contratante é pessoa jurídica empresária, isto é, não consumidora, deve ser regido pela Convenção de Varsóvia e seus aditivos, bem como pelo Código Brasileiro de Aeronáutica. Nesse caso, conseqüentemente, a indenização será limitada ou tarifada se avarias ou danos acontecerem, salvo se o contratante do transporte fizer um contrato declarando o valor da coisa com o pagamento de taxa extra.

(iv) A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado que indenizou conforme artigo 988 da vetusta codificação civil e artigo 786 do código em vigência. Essa sub-rogação tem se estendido, inclusive, quanto às benesses legais dadas ao consumidor. A

nosso ver, no entanto, esse entendimento deve ser revisto, sob risco da criação de um ente *hipersuficiente*, porque a qualidade de consumidor confere proteção extraqualificada e o segurador, geralmente empresa poderosa do mercado financeiro, não pode se locupletar dessa posição contratual. Claro que deve se sub-rogar para reaver a indenização paga a seu segurado, mas pelas regras do direito comum.

Por derradeiro, merece anotação a importância do presente acórdão para o debate acadêmico, razão pela qual parabenizamos os Ilustres Ministros pela qualidade dos relatórios e votos.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALAIS-AULOY, Jean, STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 7^a ed. Paris: Dalloz, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2^a ed. São Paulo: RT, 2006.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4^a ed. São Paulo: RT, 2013.

RECURSO ESPECIAL N. 1.352.419-SP (2012/0229033-0)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Recorrente: Vivendas Comércio de Veículos Ltda
Advogados: Marcelo Henrique e outro(s)
Pedro Antonio Padovezi
Recorrido: Allianz Seguros S/A
Advogado: Edilter Imbernom e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Civil. Seguro empresarial. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Proteção do patrimônio da própria pessoa jurídica. Destinatária final dos serviços securitários. Relação de consumo. Caracterização. Incidência do CDC. Cobertura contratual contra roubo/furto qualificado. Ocorrência de furto simples. Indenização devida. Cláusula contratual abusiva. Falha no dever geral de informação ao consumidor.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário).

3. Há relação de consumo no seguro empresarial se a pessoa jurídica o firmar visando a proteção do próprio patrimônio (destinação pessoal), sem o integrar nos produtos ou serviços que oferece, mesmo

que seja para resguardar insumos utilizados em sua atividade comercial, pois será a destinatária final dos serviços securitários. Situação diversa seria se o seguro empresarial fosse contratado para cobrir riscos dos clientes, ocasião em que faria parte dos serviços prestados pela pessoa jurídica, o que configuraria consumo intermediário, não protegido pelo CDC.

4. A cláusula securitária a qual garante a proteção do patrimônio do segurado apenas contra o furto qualificado, sem esclarecer o significado e o alcance do termo “qualificado”, bem como a situação concernente ao furto simples, está eivada de abusividade por falha no dever geral de informação da seguradora e por sonegar ao consumidor o conhecimento suficiente acerca do objeto contratado. Não pode ser exigido do consumidor o conhecimento de termos técnico-jurídicos específicos, ainda mais a diferença entre tipos penais de mesmo gênero.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2014 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Vivendas Comércio de Veículos Ltda.*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que a recorrente, empresa atuante no ramo de comércio de automóveis novos e usados, ajuizou ação ordinária contra *AGF Brasil Seguros*

S.A., visando receber o pagamento de indenização securitária decorrente de contrato de seguro empresarial, em que a cobertura estava relacionada a riscos sobre o patrimônio da sociedade limitada, como veículos deixados em seu estabelecimento comercial. A autora alegou que uma caminhonete de sua propriedade foi objeto de furto nas suas dependências.

A seguradora, por sua vez, aduziu, em contestação, que a recusa do pagamento da indenização foi devido à falta de comprovação de ter havido o sinistro “furto qualificado” de bens, já que não existia a garantia para o sinistro “furto simples” na apólice.

O magistrado de primeiro grau, aplicando a legislação consumerista, julgou procedente o pedido.

Irresignada, a demandada interpôs recurso de apelação, o qual foi provido para julgar improcedente a pretensão inicial. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Seguro empresarial. Contrato de seguro relativamente aos veículos de propriedade da autora, empresa atuante no comércio de veículos para revenda a consumidores. Alegação de furto de veículo. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Relação que é de insumo, e não de consumo. Não cabimento de inversão do ônus da prova. Não foram constatadas circunstâncias que caracterizassem o furto qualificado, havendo no máximo indícios de furto simples. Contrato de seguro que excepciona a cobertura de furto simples, cobrindo somente furto qualificado e roubo. O segurador responde somente pelos riscos predeterminados, não se admitindo interpretação extensiva ou analógica das cláusulas de cobertura. A autora não pode alegar que não sabia das condições de cobertura da apólice do seguro, vez que se trata de relação empresarial e não de consumo. Autora que não comprovou o fato constitutivo do seu direito. Pedido julgado improcedente. Recurso provido (fl. 187).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fl. 203).

No especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 423 do Código Civil (CC), 535, II, do Código de Processo Civil (CPC) e 2º e 47 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Aduz, inicialmente, a nulidade do acórdão proferido em embargos declaratórios por negativa de prestação jurisdicional. Acrescenta que o Tribunal de origem deixou de se manifestar acerca de aspectos relevantes da demanda suscitados na petição recursal.

Alega também ser devida a indenização securitária pela ocorrência do sinistro furto, mesmo porque as cláusulas ambíguas ou contraditórias no contrato de adesão devem ser interpretadas favoravelmente ao aderente. Logo, “ao estipular no contrato que o seguro cobria furto qualificado (Cláusula ambígua), a recorrida fez presumir no negócio que cobria também furto simples, pois quem cobre o mais, cobre o menos” (fl. 218).

Por fim, busca a aplicação do CDC no caso dos autos, porquanto a relação é de consumo e não de insumo, ou seja, é a destinatária final do produto/serviço.

Após a apresentação de contrarrazões (fls. 263-265), o recurso foi admitido na origem (fls. 278-280).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): Prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos legais apontados pela recorrente como malferidos, satisfeita a divergência jurisprudencial e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do especial.

De início, no que tange ao art. 535, II, do CPC, não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios, a qual somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi.

Concretamente, verifica-se que as instâncias ordinárias enfrentaram a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia.

Registre-se, por oportuno, que o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre aqueles considerados suficientes para fundamentar sua decisão, o que foi feito.

A propósito:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Transferência condicionada ao pagamento de renovação de matrícula. Pretensão de reexame do conjunto fático-probatório delineado pela Corte local. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Violação ao artigo 535 do CPC. Julgado que traz fundamentação suficiente. Agravo regimental desprovido.

(...)

2. “Quando o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não se configura ofensa ao artigo 535 do CPC. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte” (AgRg no Ag n. 1.265.516-RS, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 30.6.2010).

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 205.312-DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 11.2.2014).

No mais, a controvérsia dos autos diz respeito à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro empresariais, mais precisamente na hipótese em que empresa contrata o seguro para a proteção de seus próprios bens. Ademais, também se discute a idoneidade da cobertura securitária de proteção ao patrimônio contra roubo/furto qualificado sem a inclusão do furto simples.

No que tange à caracterização da relação de consumo, consoante o art. 2º do CDC, consumidor é toda pessoa física *ou jurídica* que adquire ou utiliza, como *destinatário final*, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Assim, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, destinatário final é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria.

Por isso fala-se em destinatário final econômico (e não apenas fático) do bem ou serviço, haja vista que não basta ao consumidor ser adquirente ou usuário, mas deve haver o rompimento da cadeia econômica com o uso pessoal, a impedir, portanto, a reutilização dele no processo produtivo, seja na revenda, no uso profissional, na transformação por meio de beneficiamento ou montagem, ou em outra forma indireta. A relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário).

Ressalte-se que a teoria finalista é mitigada, podendo haver a caracterização de relação de consumo, na hipótese de comprovação da hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa física ou jurídica adquirente, ainda que integre o serviço ou o produto adquirido nas suas próprias atividades econômicas, a exemplo de autônomos, microempresas e empresários individuais.

Logo, *quanto ao contrato de seguro empresarial*, se a pessoa jurídica o firmar visando a proteção do próprio patrimônio (destinação pessoal), mesmo que seja para resguardar insumos utilizados em sua atividade comercial, mas sem o

integrar nos produtos ou serviços que oferece, há a caracterização de relação de consumo, pois será a destinatária final dos serviços securitários. Situação diversa seria se o seguro empresarial fosse contratado para cobrir riscos dos clientes, ocasião em que faria parte dos serviços prestados pela pessoa jurídica, o que configuraria consumo intermediário, não protegido pelo CDC.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC.

- O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços.

- *Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2º do CDC.*

Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido (REsp n. 733.560-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 2.5.2006 - grifou-se).

Consumidor. Seguro empresarial contra roubo e furto contratado por pessoa jurídica. Microempresa que se enquadra no conceito de consumidor. Cláusula limitativa que restringe a cobertura a furto qualificado. Reprodução da letra da lei. Informação precária. Incidência do art. 54, § 4º, do CDC.

1. *O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, sendo relevante saber se a pessoa, física ou jurídica, é 'destinatária final' do produto ou serviço. Nesse passo, somente se desnatura a relação consumerista se o bem ou serviço passa a integrar uma cadeia produtiva do adquirente, ou seja, posto a revenda ou transformado por meio de beneficiamento ou montagem.*

2. É consumidor a microempresa que celebra contrato de seguro com escopo de proteção do patrimônio próprio contra roubo e furto, ocupando, assim, posição jurídica de destinatária final do serviço oferecido pelo fornecedor.

(...)

6. Recurso especial não conhecido (REsp n. 814.060-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 13.4.2010 - grifou-se).

Na espécie, o seguro empresarial firmado pela recorrente foi para proteger seu patrimônio contra diversos riscos possíveis de ocorrer no interior de seu estabelecimento, a exemplo de furtos e roubos, ou seja, não foi destinado à

revenda nem integrou parte dos serviços oferecidos por ela a terceiros, razão pela qual é a destinatária final dos serviços securitários contratados. Incide, portanto, ao caso, a legislação consumerista ante a caracterização da relação de consumo.

Nesse passo, *resta examinar se é abusiva, à luz do CDC, a cláusula do contrato de seguro que garante a proteção patrimonial apenas na hipótese de roubo/furto qualificado sem haver a cobertura também para o furto simples*, ou se é uma cláusula limitativa do risco, lícita nos termos do art. 760 do CC.

Como cediço, nos contratos de adesão as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque para permitir sua *imediata e fácil compreensão* (art. 54, § 4º, do CDC). Ademais, um dos direitos do consumidor é receber a *informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços*, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, *bem como sobre os riscos que apresentem* (art. 6º, III, do CDC).

Desse modo, como o segurado é a parte mais fraca, hipossuficiente e vulnerável, inclusive no sentido informacional, da relação de consumo e o segurador detém todas as informações essenciais acerca do conteúdo do contrato, abusivas serão as cláusulas dúbias, obscuras e redigidas com termos técnicos, de difícil entendimento ao leigo.

Na lição de Cláudia Lima Marques:

(...)

Em verdade, *a maioria dos consumidores que concluem contratos pré-redigidos o fazem sem conhecer precisamente os termos do contrato*. Normalmente, o consumidor não tem a oportunidade de estudar com cuidado as cláusulas do contrato, seja porque ele as receberá só após concluir o contrato, seja porque elas se encontram disponíveis somente em outro local, *seja porque o instrumento contratual é longo, impresso em letras pequenas e em uma linguagem técnica*, tudo desestimulando a sua leitura e colaborando para que o consumidor se contente com as informações gerais (e nem sempre totalmente verdadeiras) prestadas pelo vendedor. Assim, confiando em que o fornecedor cumprirá, pelo menos, o normalmente esperado naquele tipo de contrato, ele aceita as condições impostas, *sem plena consciência de se alcance e de seu conteúdo*.

Porém, mesmo que o consumidor tenha oportunidade de inteirar-se plenamente do conteúdo contratual, lendo com calma as cláusulas pré-redigidas, ainda assim pode vir a aceitar cláusulas abusivas, ou porque *a cláusula estava*

redigida de maneira a dificultar a compreensão de seu verdadeiro alcance por uma pessoa sem conhecimentos jurídicos aprofundados, ou porque o consumidor necessita do bem ou serviço oferecido.

(MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 160 - grifou-se)

Depreende-se, assim, que a cláusula securitária que garante a proteção do patrimônio do segurado apenas contra o furto qualificado, sem esclarecer o significado e o alcance do termo “qualificado”, bem como a situação concernente ao furto simples, está eivada de abusividade por falha no dever geral de informação da seguradora e por sonegar ao consumidor o conhecimento suficiente acerca do objeto contratado.

Com efeito, não pode ser exigido do consumidor, no caso, do preposto da empresa, o conhecimento de termos técnico-jurídicos específicos, ainda mais a diferença entre tipos penais de mesmo gênero (furto simples e furto qualificado), ambos crimes contra o patrimônio, desconsiderando a boa-fé contratual e a natural expectativa de que seus bens estejam resguardados quanto a esses sinistros tão similares, sendo evidente a precariedade da informação fornecida pela seguradora sobre os riscos realmente garantidos na apólice.

Nesse sentido, vale conferir os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

Recurso especial. Contrato de seguro. Relação de consumo. Cláusula limitativa. Ocorrência de furto qualificado. Abusividade. Identificação, na espécie. Violação ao direito de informação ao consumidor. Recurso especial provido.

(...)

II - A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microsistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor.

III - A circunstância de o risco segurado ser limitado aos casos de furto qualificado exige, de plano, conhecimentos do aderente quanto às diferenças entre uma e outra espécie de furto, conhecimento esse que, em razão da sua vulnerabilidade, presumidamente o consumidor não possui, ensejando-se, por isso, o reconhecimento da falha no dever geral de informação, o qual constitui, é certo, direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso III, do CDC.

IV - A condição exigida para cobertura do sinistro - ocorrência de furto qualificado - por si só, apresenta conceituação específica da legislação penal, cujo próprio meio

técnico-jurídico possui dificuldades para conceituá-lo, o que denota sua abusividade. Precedente da eg. Quarta Turma.

V - Recurso especial provido (REsp n. 1.293.006-SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 29.6.2012 - grifou-se).

Consumidor. Seguro empresarial contra roubo e furto contratado por pessoa jurídica. Microempresa que se enquadra no conceito de consumidor. Cláusula limitativa que restringe a cobertura a furto qualificado. Reprodução da letra da lei. Informação precária. Incidência do art. 54, § 4º, do CDC.

1. O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, sendo relevante saber se a pessoa, física ou jurídica, é 'destinatária final' do produto ou serviço. Nesse passo, somente se desnatura a relação consumerista se o bem ou serviço passa a integrar uma cadeia produtiva do adquirente, ou seja, posto a revenda ou transformado por meio de beneficiamento ou montagem.

2. É consumidor a microempresa que celebra contrato de seguro com escopo de proteção do patrimônio próprio contra roubo e furto, ocupando, assim, posição jurídica de destinatária final do serviço oferecido pelo fornecedor.

3. Os arts. 6º, inciso III, e 54, § 4º, do CDC, estabelecem que é direito do consumidor a informação plena do objeto do contrato, garantindo-lhe, ademais, não somente uma clareza física das cláusulas limitativas - o que é atingido pelo simples destaque destas -, mas, sobretudo, clareza semântica, um significado unívoco dessas cláusulas, que deverão estar infensas a duplo sentido.

4. O esclarecimento contido no contrato acerca da abrangência da cobertura securitária que reproduz, em essência, a letra do art. 155 do Código Penal, à evidência, não satisfaz o comando normativo segundo o qual as cláusulas limitadoras devem ser claras, por óbvio, aos olhos dos seus destinatários, os consumidores, cuja hipossuficiência informacional é pressuposto do seu enquadramento como tal.

5. *Mostra-se inoperante a cláusula contratual que, a pretexto de informar o consumidor sobre as limitações da cobertura securitária, somente o remete para a letra da Lei acerca da tipicidade do furto qualificado, cuja interpretação, ademais, é por vezes controvertida até mesmo no âmbito dos Tribunais e da doutrina criminalista.*

6. Recurso especial não conhecido (REsp n. 814.060-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 13.4.2010 - grifou-se).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença.

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Leonardo de Medeiros Garcia¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

No Recurso Especial nº 1.352.419, julgado pela Terceira Turma do STJ, foram apreciados, basicamente, dois pontos: primeiramente a aplicação do CDC na relação entre a pessoa jurídica do ramo de venda de veículos usados e novos e a seguradora contratada por ela; e também a caracterização da abusividade da cláusula contratual por falha no dever de informação nos contratos de seguros que somente acobertam o “furto qualificado” de veículos, sem mencionar (informar), no próprio contrato ou diretamente ao contratante, a diferença entre furto “simples” e “qualificado”.

A empresa do ramo de comércio de automóveis novos e usados contratou seguro para proteção do patrimônio pessoal (como os veículos deixados no estabelecimento comercial antes da venda aos consumidores). Após o furto de uma caminhonete de sua propriedade nas dependências da empresa, a mesma acionou a seguradora para ser ressarcida pelo valor do automóvel. A seguradora, por sua vez, se recusou ao pagamento da indenização sob a alegação de que o furto ocorrido não foi na modalidade “qualificado” e que o furto “simples” não estava coberto pelo contrato de seguro. A cláusula contratual restringia a cobertura da indenização somente para os casos de furto “qualificado”.

Diante da recusa do pagamento da indenização, a empresa ajuizou ação indenizatória contra a seguradora. No juízo de primeiro grau, foi aplicada a legislação consumerista, julgando procedente o pleito.

Em recurso de apelação proposto pela seguradora, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença, considerando que a relação não é de consumo, mas empresarial (de insumo). Não se tratando de relação de consumo, a empresa

¹ Procurador do Estado do Espírito Santo, Diretor Adjunto de Assuntos Legislativos do Brasilcon, mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP, assessor do relator da comissão especial que tratou da atualização do CDC no Senado Federal, membro do Condecon do Espírito Santo.

de automóveis assumiu o risco e as limitações das cláusulas contratuais, entre elas, a estipulação de que somente o furto qualificado seria coberto.²

Irresignada, a empresa interpôs recurso especial a fim de que o STJ pudesse analisar supostas ofensas a diversos dispositivos infraconstitucionais, entre eles o art. 2º do CDC (considerando que o dispositivo abarca as pessoas jurídicas como consumidoras) e o art. 47 do CDC (para que fosse considerada a interpretação mais favorável à empresa/consumidora).

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

No início de seu voto, o relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva delimitou o objeto do julgamento:

“a controvérsia dos autos diz respeito à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro empresariais, mais precisamente na hipótese em que empresa contrata o seguro para a proteção de seus próprios bens. Ademais, também se discute a idoneidade da cobertura securitária de proteção ao patrimônio contra roubo furto qualificado sem a inclusão do furto simples.”

Inicialmente, o julgado analisou a aplicação do CDC para os seguros empresariais, especificamente nos casos em que a pessoa jurídica contrata seguro para cobertura de patrimônio pessoal.

Interpretando o artigo 2º do CDC, ou seja, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” o Min. Ricardo Cuevas utilizou a jurisprudência sedimentada pelo STJ sobre a abrangência do conceito de consumidor.

Vale lembrar que o art. 2º do CDC abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores. Posto isso, relevante saber,

² A ementa do julgamento da apelação foi a seguinte: “SEGURO EMPRESARIAL - Contrato de seguro relativamente aos veículos de propriedade da autora, empresa atuante no comércio de veículos para revenda a consumidores - Alegação de furto de veículo - Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Relação que é de insumo, e não de consumo - Não cabimento de inversão do ônus da prova - Não foram constatadas circunstâncias que caracterizassem o furto qualificado, havendo no máximo indícios de furto simples - Contrato de seguro que excepciona a cobertura de furto simples, cobrindo somente furto qualificado e roubo - O segurador responde somente pelos riscos predeterminados, não se admitindo interpretação extensiva ou analógica das cláusulas de cobertura - A autora não pode alegar que não sabia das condições de cobertura da apólice do seguro, vez que se trata de relação empresarial e não de consumo - Autora que não comprovou o fato constitutivo do seu direito - Pedido julgado improcedente - Recurso provido”

para o caso em questão, se a pessoa jurídica é “destinatária final” do serviço de seguro contratado.

O STJ, interpretando a expressão “destinatário final”, consolidou o entendimento de que o consumidor é o destinatário fático (o que retira de circulação o produto ou serviço), e também o destinatário econômico (o que não utiliza o produto ou serviço como insumo na sua produção), caracterizando a teoria finalista ou subjetiva como a melhor teoria que define o conceito de consumidor.

Todavia, mesmo nas hipóteses em que não está clara a destinação econômica, mas há uma vulnerabilidade presente na relação (seja ela técnica, jurídica, econômica, informacional, etc)³, o STJ mitiga (relativiza) a teoria finalista para abranger a situação de vulnerabilidade como de consumo. Afinal de contas, considerando a *ratio* do CDC, consumidor será o vulnerável da relação, nos moldes do art. 4, I do CDC. Constatando, portanto, a vulnerabilidade no caso concreto, faz-se necessário a aplicação do CDC para equilibrar a relação desigual.

No presente caso, como o seguro foi contratado para cobertura de patrimônio próprio da empresa (carros novos e usados), ainda que posteriormente seriam vendidos aos consumidores, o contrato de seguro não foi utilizado como insumo ou para revenda, o que caracterizaria o chamado

³ O acórdão mencionou, em vez de *vulnerabilidade*, a palavra *hipossuficiência*. Tecnicamente, seria melhor utilizar o termo vulnerabilidade, nos moldes do descrito no art. 4º, I. A palavra hipossuficiência, embora usualmente possa dar a mesma ideia de vulnerabilidade, no CDC é utilizado como requisito para a inversão do ônus da prova. Nesse sentido, sobre a diferença dos termos no CDC, verificar GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor. Código Comentado e Jurisprudência*. Salvador: Juspodivm. 11 ed. P. 99. No julgamento do REsp 1293006/SP, Terceira Turma, DJe 29/06/2012, o Ministro Massami Uyeda utilizou os termos de acordo com o CDC: “acerca do *meritum causae*, é importante deixar consignado que a relação jurídica estabelecida entre as partes é nitidamente de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microsistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor, tendo em conta a relevante circunstância de que o mesmo não participou, sequer implicitamente, da elaboração do conteúdo contratual, tratando-se, pois, de típico contrato de adesão.”

“consumidor intermediário”.⁴⁵

Ao contrário, como a contratação foi para uso próprio (proteção dos veículos novos e usados que estavam no estabelecimento), houve destinação final econômica do serviço securitário, caracterizando, assim, a figura do consumidor, preenchendo o elemento subjetivo para a configuração da relação de consumo (na outra ponta da relação está o outro elemento subjetivo, qual seja, a seguradora como fornecedora de serviços, nos moldes do art. 3º, *caput* e inciso II).

Com este entendimento corretamente esposado, o STJ caminhou no mesmo sentido de diversos julgados proferidos anteriormente pela corte,⁶ enquadrando a empresa na posição jurídica de destinatária final do seguro, uma vez que o serviço contratado - seguro - não é posto à revenda ou tampouco faz parte da cadeia produtiva (ex: mediante montagem ou beneficiamento). O serviço contratado tem destinação pessoal para a empresa contratante e não para os seus clientes, circunstância que a caracteriza, de fato, como consumidora.⁷

⁴ A expressão “consumidor intermediário” passou a constar em vários julgados do STJ, simbolizando o adquirente ou contratante que utiliza os produtos e serviços como insumo na produção ou no negócio. Nesse sentido, já exarou o STJ, no RESP 1195642/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2012, que “fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Em suma, o caráter distintivo da teoria finalista reside no fato de o ato de consumo não visar ao lucro tampouco à integração de uma atividade comercial.”

⁵ A expressão “consumidor intermediário”, incorporada pelo STJ em alguns julgados, já era citada por vários autores. Por exemplo, analisando o direito estrangeiro, Arnold Wald doutrina que “o destinatário final tem, assim, sido oposto, pela doutrina e pelos textos legais, ao destinatário ou consumidor intermediário, que compra produtos para transformá-los ou revendê-los e não goza da proteção especial assegurada ao consumidor pela legislação especial.” WARD, Arnold. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras, in “Revista dos Tribunais” v. 666, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, abr/1991, p. 14. Por sua vez, Luiz Gastão Paes de Barros Leães também expôs, em parecer do início da década de 90 que “a lei define o fornecedor e o consumidor, assim como a prestação - o consumo final - objeto da relação em pauta. (...) Nessas definições, a lei afasta do âmbito de sua proteção o chamado ‘consumo intermediário’, de modo a conceituar como consumidor apenas a pessoa física ou jurídica que adquire os bens de consumo para uso privado, fora da sua atividade profissional. (...)” DE BARROS, Luiz Gastão Paes Leães, parecer de 28.11.1990, in “Biblioteca IBCB”, pp. 6579.

⁶ REsp nº 814.060RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 13/4/2010 e REsp nº 733.560RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 25/2/2006.

⁷ No mesmo sentido, Paulo Roque Khouri entende que “há aqueles produtos e serviços adquiridos pela pessoa jurídica, p. ex., um ar condicionado para uma loja de calçados, que não têm como objetivo a sua atividade-fim. Daí decorre a conclusão de que a aquisição de produtos e serviços relacionados com a atividade-fim da empresa a exclui do conceito de consumidora, bem como a aquisição de qualquer bem, fora da atividade-fim da pessoa

Analisada a primeira discussão travada no julgamento, resta a análise da abusividade ou não de cláusula no contrato de seguro que permite a limitação da cobertura somente para o furto qualificado e roubo, excluindo o furto simples, notadamente quando não demonstrada a informação clara e adequada ao consumidor sobre a restrição.

Considerada a relação como de consumo e, portanto, o consumidor como parte vulnerável, o STJ entendeu que a limitação, para ser válida, deveria preencher os dispositivos contidos no CDC, de modo a mitigar/diminuir a diferença que há entre fornecedor e consumidor, fazendo com que este último aja de maneira consciente na contratação.

Em primeiro lugar, como mencionado pelo STJ, as cláusulas limitativas de direito devem ser destacadas no contrato de adesão, conforme o art. 54, § 4º do CDC. Ademais, ainda que redigidas com destaque, as cláusulas não poderão conter expressões dúbias, de difícil compreensão e alcance pelo consumidor.

Ao limitar a cobertura somente para o “furto qualificado”, excluindo o furto simples, o contrato contém expressões de conhecimentos técnicos próprios dos profissionais do direito, dificultando a compreensão da extensão do contrato pelo preposto da empresa contratante.

Nesse sentido, segundo o STJ, houve falha na informação ao consumidor, direito básico contido no CDC, por não esclarecer sobre a diferença e as consequências entre furto qualificado e furto simples, considerando, ao final, a cláusula limitativa como abusiva.

Outro não poderia ser o entendimento do STJ sobre a ótica do CDC. Isso porque o art. 46 do diploma consumerista, inserido no capítulo sobre a proteção contratual, considera que os contratos (e suas cláusulas contratuais) não obrigarão os consumidores, “*se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.*”

No caso em apreço foi justamente isso o que ocorreu. O contrato foi redigido com termos técnicos, que exigem conhecimentos específicos para sua compreensão. Ou seja, não são termos usualmente utilizados e compreendidos no mercado por todos. Como os consumidores não conseguem entender o alcance desse tipo de expressão, não poderão ser obrigados a suportarem à limitação que a cláusula propõe. Conforme bem mencionado no acórdão, citando jurisprudências do próprio STJ, o entendimento de “furto qualificado”

jurídica, a inclui no conceito de consumidora” A. KHOURI, Paulo Roque. Contratos e Responsabilidade Civil no CDC. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.45.

exige conceituação específica da legislação penal, sendo até mesmo controvertida nos tribunais e na doutrina criminalista a exata compreensão da expressão.

Se a dificuldade de compreensão da expressão “furto qualificado” ocorre entre juristas e profissionais do direito, muito mais ocorrerá entre os consumidores leigos e vulneráveis. Ademais, na sociedade de consumo que vivemos, em que produtos e serviços (e também os contratos) são alterados em uma velocidade exorbitante, fica impossível para o consumidor acompanhar e compreender todas as mudanças, acarretando na atualidade o que a professora Cláudia Lima Marques chama de *déficit informacional* do consumidor.⁸

Sendo assim, a preocupação do fornecedor deve ser informar ao máximo o consumidor sobre todas as condições, consequências, benefícios e malefícios; enfim, tudo para existir uma contratação equilibrada e transparente, objetivo norteador do CDC contido no caput do art. 4º.

Não bastasse, em virtude da aplicação da boa-fé objetiva às relações contratuais (presente como princípio no art. 4º, III e como cláusula geral no art. 51, IV do CDC e também nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil), o contratante elaborador das cláusulas contratuais deve agir de modo a não frustrar a legítima expectativa do contratante aderente. Assim, qualquer restrição inserida nas cláusulas contratuais deve ser de fácil conhecimento e entendimento do contratante que irá suportá-la, sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé. Ser leal nas relações contratuais pressupõe que as cláusulas sejam redigidas e explicadas ao contratante de modo que este tenha condições e saiba exatamente o que está se obrigando. Do contrário, tal cláusula não poderá ser aplicada.

Nesse sentido, ainda que o acórdão não aplicasse o CDC ao caso em comento, apenas pela aplicação da boa-fé objetiva, contida expressamente também no Código Civil, já seria possível considerar a cláusula que restringe a cobertura ao furto qualificado e roubo como abusiva, não surtindo efeitos para o contratante aderente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O STJ, seguindo a orientação de outros julgados da corte, aplicou o CDC às relações securitárias, tendo como contratante pessoa jurídica que buscou acobertar bens próprios (veículos) que posteriormente seriam utilizados para venda/revenda.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 94.

A empresa foi enquadrada na posição jurídica de destinatária final do seguro, uma vez que o serviço contratado - seguro - não foi posto à revenda ou tampouco faz parte da cadeia produtiva. Tendo o serviço contratado destinação pessoal para a empresa contratante e não para os seus clientes, a relação foi corretamente enquadrada como de consumo.

Nesse sentido, considerando a empresa como vulnerável na relação contratual, a cláusula que limita a cobertura para furto qualificado e roubo foi considerada abusiva, uma vez que foi utilizado termo técnico que dificulta a compreensão da extensão e limitação do contrato.

Não bastasse, conforme ressaltado, ainda que não enquadrada a relação como de consumo, a simples aplicação do princípio da boa-fé objetiva, contido também no Código Civil e, portanto, aplicável a todos os negócios jurídicos, já seria suficiente para enquadrar a cláusula limitativa do furto qualificado como abusiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. KHOURI, Paulo Roque. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. REsp nº 814.060RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 13/4/2010

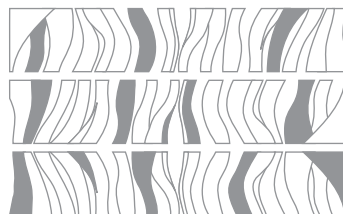
BRASIL. REsp nº 733.560RJ, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, DJ de 25/2/2006.

DE BARROS, Luiz Gastão Paes Leães, parecer de 28.11.1990, in “Biblioteca IBCB”, pp. 65/79.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor. Código Comentado e Jurisprudência*. Salvador: Juspodivm. 11 ed.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WALD, Arnold. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras, in “*Revista dos Tribunais*” v. 666, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, abr/1991.



2. Oferta e Práticas Comerciais

2.1. Princípio da Vinculação da Oferta

RECURSO ESPECIAL N. 1.365.609-SP (2011/0105689-3)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: General Motors do Brasil Ltda.

Advogado: Mário de Azevedo Marcondes e outro(s)

Recorrido: Milton Ferreira Barros

Advogado: Bolivar dos Santos Xavier e outro(s)

EMENTA

Direito do Consumidor. Recurso especial. Vício do produto. Automóveis seminovos. Publicidade que garantia a qualidade do produto. Responsabilidade objetiva. Uso da marca. Legítima expectativa do consumidor. Matéria fático-probatória. Súm. n. 7-STJ.

1. O Código do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. Sendo assim, no tocante à oferta, estabelece serem direitos básicos do consumidor o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e o de receber proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (CDC, art. 6º, IV).

2. É bem verdade que, paralelamente ao dever de informação, se tem a faculdade do fornecedor de anunciar seu produto ou serviço, sendo certo que, se o fizer, a publicidade deve refletir fielmente a realidade anunciada, em observância à principiologia do CDC. Realmente, o princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30.

3. Na hipótese, inequívoco o caráter vinculativo da oferta, integrando o contrato, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor, mormente quando veicula informação de produto ou serviço com a chancela de determinada marca, sendo a materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação, sob pena de responsabilidade.

4. A responsabilidade civil da fabricante decorre, no caso concreto, de pelo menos duas circunstâncias: a) da premissa fática incontornável adotada pelo acórdão de que os mencionados produtos e serviços ofertados eram avaliados pela montadora através da mensagem publicitária veiculada; b) e também, de um modo geral, da percepção de benefícios econômicos com as práticas comerciais da concessionária, sobretudo ao permitir a utilização consentida de sua marca na oferta de veículos usados e revisados com a excelência da GM.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 28 de abril de 2015 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Milton Ferreira Barros ajuizou, em 2003, ação de indenização em face de Afonso Distribuidora de Veículos Ltda. e General Motors do Brasil Ltda. - GM sustentando que, confiando na publicidade veiculada, adquiriu automóvel seminovo que veio a apresentar

diversos problemas. Apesar de trocado por outro, ainda assim demonstrou inúmeros defeitos.

O magistrado de piso julgou parcialmente procedente o pedido para condenar as rés, de forma solidária, nas seguintes verbas: a) R\$ 8.590,00, por conta da devolução de quantias pagas; b) R\$ 457,85 e R\$ 320,78, a título de reembolso de despesas efetuadas; c) R\$ 3.907,53, por conta das prestações do financiamento; d) R\$ 6.901,60, a título de reembolso da quantia paga para a quitação do financiamento; e) correção monetária e juros; f) R\$15.990,00, a título de indenização pelos danos morais.

Interposta apelação por ambas às partes, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento aos recursos, nos termos da seguinte ementa:

Compra e venda de veículo. Indenização c.c. perdas e danos e lucros cessantes. Veículos semi-novos vendidos com a propaganda de serem qualificados e totalmente inspecionados. Autor que adquiriu veículo usado junto à concessionária ré, e que passou a apresentar uma série de problemas. Veículo trocado pela concessionária, com pagamento de diferença. Ocorrência. Segundo veículo adquirido que também passou a apresentar problemas. Solidariedade passiva entre as rés reconhecida. Ação julgada parcialmente procedente. Apelação. Preliminares: ilegitimidade passiva e nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Rejeitadas. Solidariedade prevista no artigo 18 do CDC. Responsabilidade solidária por danos causados ao consumidor. Vício de qualidade. Dano moral caracterizado. Valor mantido. Sentença reformada apenas no tocante ao termo inicial da correção monetária, sem alteração da parte dispositiva. Recursos improvidos.

(fls. 342-348)

Irresignada, General Motors interpõe recurso especial com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, por negativa de vigência aos arts. 3º e 267, VI, do CPC e art. 12, § 3º, II e III, do CDC.

Aduz que não tem legitimidade para causa, uma vez que o programa “SIGA” não se relaciona com nenhuma garantia inerente aos veículos usados que foram comercializados pela corré.

Sustenta que a sua participação foi unicamente com a finalidade de “qualificar as condições das concessionárias no sentido de demonstrar as condições para participar do referido programa, tais como, instalações, disponibilidade de recursos financeiros, capacidade empresarial [...]”, não tendo jamais vistoriado ou certificado as condições dos veículos postos à venda, sendo

isso de inteira responsabilidade da concessionária, fato do qual o recorrido estaria ciente e de acordo.

Alega que não participou do contrato de compra e venda celebrado, não tendo recebido nada pela alienação do veículo, além de não ter sido a legítima causadora do dano.

Salienta que os automóveis envolvidos foram fabricados em 1997 e contavam com elevada quilometragem, sendo, portanto, usados e fora do prazo de garantia legal e contratual, não havendo falar em defeito ou vício, nem em responsabilização pelo desgaste natural do bem.

Assevera que o fato de a concessionária Afonso Veículos possuir a concessão da marca Chevrolet não impinge solidariedade à recorrente por atos que não estejam relacionados com a atuação em nome da GM, sendo que a revenda de veículos usados é de responsabilidade apenas do concessionário.

Por fim, afirma que há dissídio jurisprudencial no tocante aos danos morais.

Não foram apresentadas contrarrazões ao especial (fl. 404).

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 405-406), ascendendo a esta Corte em razão do provimento do agravo (fl. 436).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A controvérsia dos autos consiste em saber se há responsabilidade solidária da fornecedora - por vício de qualidade do produto -, em razão da participação em publicidade veiculada pela concessionária revendedora, na qual garantiu os automóveis seminovos ali vendidos.

A sentença e o acórdão reconheceram a responsabilidade conjunta das rés, tendo o Tribunal *a quo* assentado que:

Por primeiro, rejeito as preliminares arguidas.

Quanto à alegada ilegitimidade passiva da corre General Motors, no que pese o esforço desta apelante, o inconformismo não prospera.

Importante ressaltar que a responsabilidade solidária prevista no artigo 18 do CDC, vai além da responsabilidade pelo vício do produto, que no caso, seria aquela oriunda de defeito de fábrica, para veículos novos.

*Denota-se pela análise do mencionado artigo 18 que a responsabilidade solidária existente entre o comerciante e o fabricante alcança os vícios de qualidade, assim como “aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou **mensagem publicitária** (...)” (grifos nossos).*

Assim, tendo a General Motors participado da propaganda publicitária dando seu “aval” à garantia dos seminovos comercializados pela corre Afonso Distribuidora, pouco importa se esta comercializa automóveis novos e usados, de modelos diversos ou de somente um, aliás, o artigo 34 do CDC também atribui a responsabilidade ao fornecedor pelos atos de seus propositos ou representantes autônomos, do modo que é responsável pela indenização aqui reclamada.

[...]

Quanto ao mérito, os recursos não comportam provimento.

*A discussão versa sobre os dois veículos usados adquiridos pelo autor, junto à concessionária ré, e que apresentaram diversos defeitos, em total discrepância com a **propaganda divulgada** e que dizia serem “**os únicos seminovos com o aval da GM e mais de 110 itens inspecionados**” (cfr. fl. 27).*

A corre General Motors afirma que não teve qualquer participação no negócio celebrado entre o autor e a concessionária, bem como que os defeitos apresentados nos dois veículos adquiridos pelo autor decorrem do desgaste natural, amparando sua pretensão na excludente prevista pelo artigo 12, § 3º do CDC.

Todavia, inconsistentes suas alegações.

Como já dito acima, a responsabilidade do fabricante, neste caso, decorre da solidariedade prevista pelos artigos 18 e 34 do CDC, bem como amplamente declarada pelos documentos acostados pelo autor a fls. 03-07, em especial no folder (fl. 07), que qualifica a concessionária ré como uma “concessionária SIGA”, para a qual a GM presta alguns serviços diferenciados.

Ademais, não há como excluir a responsabilidade das corres, pois os defeitos elencados pelo autor (fls. 05-08) poderiam ter sido evitados se realmente os veículos tivessem sido inspecionados e devidamente revisados antes de serem revendidos.

Anoto que os valores referentes à troca dos pneus e outros reparos que foram suportados pelo autor são igualmente devidos pelas rés, pois fazem parte de um dos principais itens de uma boa revisão, além do que os problemas que o autor teve com pneus demonstra que a mínima diligência não foi feita.

Da mesma forma, o inconformismo da corre Afonso Distribuidora não prospera.

Não há que se falar em falta de nexo causal entre sua conduta e os danos suportados pelo autor, pois esta decorre dos diversos anúncios veiculados e da negligência ao colocar à venda veículos sem o mínimo de vistoria necessária ao bom

funcionamento. Tanto que da primeira vez, ofertou a troca do veículo adquirido pelo autor.

Com relação ao valor do dano moral fixado em R\$ 15.990,00, valor equivalente ao dos danos materiais, não merece alteração, pois guarda em si a devida proporção entre a lesão e a respectiva reparação.

[...]

O valor fixado atende aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, anotados os transtornos sofridos pelo autor, o dano e sua extensão.

Somente em um ponto a r. sentença deve ser reformada no tocante ao termo inicial da contagem da correção monetária sobre o valor dos danos morais.

Conforme entendimento pacífico desta Câmara, em se tratando de danos morais, a correção monetária deve incidir a partir da data do arbitramento, 26.5.2004 - fl. 344), conforme Súmula n. 362 do STJ.

No mais, a r. sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, rejeito as preliminares e nego provimento aos recursos.

(fls. 342-348)

Verifica-se, pois, que a responsabilização dos réus, fornecedora e distribuidora, adveio da oferta veiculada por meio de publicidade.

3. Como sabido, o Código do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes.

Sendo assim, no tocante à oferta, estabelece serem direitos básicos do consumidor o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e o de receber proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (CDC, art. 6º, IV).

Conforme abalizada doutrina, a informação “é mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato (arts. 30, 33, 35, 46 e 54), ou, se falha, representa a falha (vício) na qualidade do produto ou serviço oferecido (arts. 18, 20 e 35)” (BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 59).

É o que assevera também a jurisprudência da Casa, ao estabelecer que “o art. 6º, III, do CDC institui o dever de informação e consagra o princípio da

transparência, que alcança o negócio em sua essência, porquanto a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada” (REsp n. 1.121.275-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27.3.2012, DJe 17.4.2012).

4. É bem verdade que, paralelamente ao dever de informação, se tem a faculdade do fornecedor de anunciar seu produto ou serviço, sendo certo que, se o fizer, a publicidade deve refletir fielmente a realidade anunciada, em observância à principiologia do CDC.

Realmente, o princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Deveras, inequívoco o caráter vinculativo da oferta, integrando o contrato, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor, mormente quando veicula informação de produto ou serviço com a chancela de determinada marca, sendo a materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação, sob pena de responsabilidade.

Na verdade, o dispositivo enfatiza expressamente que a informação transmitida “obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar”, atraindo a responsabilidade solidária daqueles que participem, notadamente quando expõe diretamente a sua marca no informativo publicitário.

Claudia Lima Marques destaca que:

A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços

complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores. *O consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos ou indiretos, na sua relação de consumo, não tem sequer consciência - no caso dos serviços, principalmente - de que mantém relação contratual com todos ou de que, em matéria de produto, pode exigir informação e garantia diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato.* A nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico de “fornecimento” e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação desses vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços.

[...]

Em matéria de publicidade e de informação a responsabilidade da cadeia de fornecedores é expressa no art. 30 do CDC. [...] Neste caso, o risco é geral, é de toda a cadeia de fornecedores de produtos e serviços, é risco profissional de quem “veicula” a publicidade e de quem dela se “utiliza” ou aproveita, como esclarecem os arts. 30 e 35 do CDC. [...] Neste caso, a imputação de responsabilidade/garantia vem do benefício comercial que a publicidade traz, direta ou indiretamente, ao fornecedor (direto ou indireto). Tal posição é a mais adaptada às redes contratuais e cadeias de produção e comercialização atuais.

(Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 415 e 437)

5. Nessa ordem de ideias, sendo incontroverso que a General Motors realmente partilhou do informe publicitário, tendo “participado da propaganda publicitária e dando seu ‘aval’ à garantia dos seminovos comercializados pela corré Afonso Distribuidora” (fl. 346), fato que não é refutado pela própria recorrente, penso que não há como afastar sua solidariedade pela oferta veiculada, tendo, portanto, legitimidade para a causa.

Trata-se, inclusive, de consagrada jurisprudência do STJ que reconhece a responsabilidade solidária de todos os fornecedores que venham a se beneficiar da cadeia de fornecimento, seja pela utilização da marca, seja por fazer parte da publicidade:

Processual Civil. Civil. Recurso especial. Prequestionamento. Publicidade enganosa por omissão. Aquisição de refrigerantes com tampinhas premiáveis. Defeitos de impressão. Informação não divulgada. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Omissão. Inexistência. Embargos de declaração. Responsabilidade solidária por publicidade enganosa. Reexame fático-probatório.

[...]

- É solidária a responsabilidade entre aqueles que veiculam publicidade enganosa e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto.

- É inviável o reexame fático-probatório em sede de Recurso Especial.

Recursos Especiais conhecidos parcialmente e não providos.

(REsp n. 327.257-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22.6.2004, DJ 16.11.2004, p. 272)

Recurso especial. Direito do Consumidor. Compra de veículo automotor zero km. Não entrega do produto comprado pela concessionária. Responsabilidade solidária da montadora.

1. A montadora de veículos responde pelo inadimplemento da concessionária credenciada que deixa de entregar veículo comprado e totalmente pago pelo consumidor.

2. A posição jurídica da fornecedora de veículos automotores para revenda - montadora concedente - enquadra-se perfeitamente no que preceitua o art. 34 do CDC, segundo o qual o "fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos", norma essa que consagra a responsabilidade de qualquer dos integrantes da cadeia de fornecimento que dela se beneficia, pelo descumprimento dos deveres de boa-fé, transparência, informação e confiança.

3. A utilização de marca de renome - utilização essa consentida até por força de Lei (art. 3º, inciso III, da Lei n. 6.729/1979) - gera no consumidor legítima expectativa de que o contrato é garantido pela montadora, razão pela qual deve esta responder por eventuais desvios próprios dos negócios jurídicos celebrados nessa seara.

4. De resto, os preceitos da Lei n. 6.729/1979 (Lei Ferrari), que regem a relação jurídica entre concedente e concessionária, não podem ser aplicados em desfavor do consumidor, por força do que dispõe o art. 7º do CDC, que permite a interpretação integrativa ou analógica apenas no que diga respeito aos "direitos" daqueles.

5. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.309.981-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 24.9.2013, DJe 17.12.2013)

Processual Civil. Consórcio. Teoria da aparência. Legitimidade passiva reconhecida.

A empresa que, segundo se alegou na inicial, permite a utilização da sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era responsável pelo empreendimento consorcial, é parte passiva legítima para responder pela ação indenizatória proposta pelo consorciado fundamentada nesses fatos.

Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 139.400-MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 3.8.2000, DJ 25.9.2000, p. 103)

Nesta esteira, a publicidade é “a forma ou meio de comunicação com o público que tem como objetivo promover a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço” (CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 8), sendo que, nos termos do CDC, deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, identifique-a como tal (art. 36).

A exegese da norma foi justamente a de proteger o consumidor, permitindo que ele, na qualidade de destinatário da mensagem, facilmente identifique o produto ou serviço ofertado, bem como reconheça o patrocinador da oferta difundida.

Na hipótese, a publicidade levada a cabo pela concessionária expressava os seguintes dizeres: “*Siga. Os únicos seminovos com aval da chevrolet*” (sentença, fl. 232), “os únicos seminovos com o aval da GM em mais de 110 itens inspecionados” (acórdão, fl. 346).

É com base nesse substrato fático que se pode inferir, para fins de responsabilização dos anunciantes, o que realmente foi prometido ao consumidor e se a mensagem publicitária foi apta a induzi-lo em erro.

Segundo a recorrente, o programa “SIGA” não se relaciona com nenhuma garantia inerente a automóveis usados comercializados, “mas sim, à qualificação da concessionária segundo critérios da General Motors para a venda de veículos seminovos, inclusive de outras marcas”, sendo que sua participação na publicidade “tinha unicamente por escopo qualificar as condições das concessionárias no sentido de demonstrar as condições para participar do referido programa, tais como, instalações, disponibilidade de recursos financeiros, capacidade empresarial [...]” (fl. 357).

Apesar dessa afirmação, não consigo chegar a essa mesma exegese sem violar a boa-fé objetiva. Ao revés, da leitura do *slogan* percebe-se que era extremamente razoável a conclusão do consumidor de que os automóveis seminovos vendidos naquele estabelecimento eram de excelente procedência, justamente porque inspecionados em mais de 110 itens com a garantia de qualidade da GM (marca Chevrolet).

Flavio Tartuce, ao tratar da proteção da oferta e à publicidade, destaca que:

Deve ficar claro que o Direito Civil tem superado a discussão a respeito da escusabilidade ou não do erro, ou seja, se o engano deve ser justificável ou não. Procura-se, assim, resolver os casos concretos a partir do princípio da boa-fé, um dos baluartes do sistema privado nacional. Nessa linha de raciocínio, na I Jornada de Direito Civil, aprovou-se o Enunciado n. 12 do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça, in verbis: “na sistemática do art. 138 do Código Civil, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”.

(Manual de direito do consumidor: direito material e processual. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 316)

Em verdade, para chegar à conclusão diversa (conforme almeja a recorrente), seria inevitável reconhecer que a informação veiculada não foi correta nem clara, e muito menos precisa (como exige o art. 31 da Lei n. 8.078/1990).

Aliás, conforme já assentado por esta Quarta Turma, “eventual ambiguidade de conceitos - que, no caso, atinge o próprio objeto do contrato, deve ser solucionada em benefício do aderente (Código Civil, art. 423). Por outro lado, em se tratando de relação de consumo, os arts. 6º, inciso III, e 54, § 4º, do CDC estabelecem ser direito do consumidor a informação plena do objeto do contrato. Garante-se-lhe não somente uma clareza física das cláusulas limitativas - o que é atingido pelo simples destaque -, mas, sobretudo, uma clareza semântica, um significado unívoco dessas cláusulas, que deverão estar infensas a duplo sentido, haja vista que a hipossuficiência informacional do consumidor é característica, de regra, pressuposta” (REsp n. 1.262.132-SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 18.11.2014, DJe 3.2.2015).

Em suma, descumprido o dever de informar adequadamente - o que se observa mediante a redação clara, legível e inequívoca da mensagem publicitária -, prevalece imperiosamente a aparência, ou seja, aquilo que for compreensível ao consumidor mediano, indivíduo hipossuficiente e vulnerável, que não detém conhecimento técnico da realidade prática a que se submete primordialmente por confiança na marca Chevrolet.

6. Ademais, o caso é de responsabilização objetiva, como bem lembra a doutrina especializada:

Sem dúvida alguma, a responsabilidade dos arts. 30 e 35 é objetiva, pois seu texto em nada alude à culpa do anunciante, razão pela qual não pode o intérprete agregá-la, muito menos num contexto em que, seja pela vulnerabilidade da

parte protegida (o consumidor), seja pelas características do fenômeno regrado (a publicidade), o Direito, antes mesmo da interferência do legislador, já se encaminhava na direção da objetivação da responsabilidade civil. Em outras palavras, *“a publicidade será exigível ainda que sua inexatidão não se deva à culpa ou dolo do anunciante”*

(BENJAMIN, Herman de Vasconcellos *et al.* *Op. cit.*, p. 310).

Trata-se, aliás, de entendimento prevalente no âmbito do STJ:

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e estéticos. Não acionamento do sistema de air bags de veículo envolvido em acidente automobilístico, com colisão frontal e significativa desaceleração. Abalo psicológico consistente no risco de vida e nas possíveis consequências não evitadas pelo referido sistema de segurança, *distanciando-se da publicidade veiculada, de modo a frustrar a legítima expectativa do consumidor. Responsabilidade objetiva do fornecedor por defeito do produto, relacionado com a segurança que dele legitimamente se espera, sob o viés extrínseco (defeito de informação)*. Recurso especial provido.

1. A pretensão ressarcitória funda-se no não acionamento do sistema de air bag, a despeito de colisão brusca e frontal do veículo com a traseira de um caminhão, de modo a causar-lhe abalo psíquico, este consistente no risco de vida e nas possíveis consequências não evitadas pelo referido sistema de segurança, distanciando-se da publicidade veiculada, de modo a frustrar a legítima expectativa do consumidor, bem como danos estéticos sofridos pelo condutor no acidente.

1.1. Portanto, integra a causa de pedir a responsabilidade do fornecedor por defeito do produto, relacionado com a segurança que dele legitimamente se espera, não apenas sob o aspecto intrínseco (defeito de produção), mas também, de modo expresso, sob o viés extrínseco (defeito de informação).

2. Especificamente sobre o defeito de informação, ressaí dos autos, conforme bem reconhecido na sentença, que, segundo as informações disponibilizadas aos consumidores, veiculadas em informe publicitário, devidamente acostado aos autos, o acionamento do sistema de air bag dar-se-ia sempre que houvesse risco de impacto do motorista ao volante, o que se verificaria, necessariamente, diante de forte e brusca desaceleração propiciada por colisão frontal.

2.1. Assim veiculada a informação aos consumidores sobre o funcionamento do sistema de air bags, e, considerada a dinâmica do grave acidente em que o veículo dos demandantes restou envolvido (forte desaceleração, decorrente de colisão frontal, nos termos da sentença e do acórdão recorrido, ressalta-se), o não acionamento do referido mecanismo de segurança (em franco descompasso, repisa-se, com a publicidade ofertada) tem o condão de frustrar, por si, a legítima expectativa de segurança gerada no íntimo do consumidor, com significativo abalo de ordem

psíquica. Nesse contexto, é de se reconhecer a presença dos requisitos necessários à responsabilização objetiva do fornecedor, indubitavelmente.

3. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença de procedência.

(REsp n. 768.503-PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25.11.2014, DJe 19.12.2014)

Recurso especial. Direito do Consumidor. Ação indenizatória. *Propaganda enganosa*. Cogumelo do Sol. Cura do câncer. Abuso de direito. Art. 39, inciso IV, do CDC. Hipervulnerabilidade. *Responsabilidade objetiva*. Danos morais. Indenização devida. Dissídio jurisprudencial comprovado.

1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções.

2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração.

3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil).

4. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada hipervulnerabilidade do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes.

5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se *in re ipsa* em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor.

6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

7. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.329.556-SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.11.2014, DJe 9.12.2014)

7. A instância de origem asseverou que, apesar da publicidade veiculada, os automóveis alienados não portavam a qualidade que deles era esperada:

Um veículo seminovo não poderia apresentar a enormidade de problemas que os dois veículos vendidos ao autor apresentaram e tampouco poderia, seminovo ou não, achar-se com o medidor de quilometragem adulterado; a concessionária tem ou deveria ter recursos para saber a respeito dessa alteração da quantidade de quilômetros rodados e ainda que não tenha tido conhecimento a esse respeito ela responde objetivamente (e a montadora igualmente, pelos motivos acima),

[...]

O consumidor espera sim que esse veículo conquanto tenha mais de cinco anos de uso, esteja em boas condições de utilização e funcionamento; não espera, e não se concebe exigir que ele esperasse, que, uma vez diante dessa maciça propaganda, com o aval da montadora, dirigindo-se à loja ou ao local de exposição escolhido pela concessionária, viesse a comprar um veículo com adulteração da quilometragem, com um sem-fim de defeitos, primários a expressiva maioria deles.

(sentença, fls. 233-234)

Ademais, não há como excluir a responsabilidade das corres, pois os defeitos elencados pelo autor (fls. 05-08) poderiam ter sido evitados se realmente os veículos tivessem sido inspecionados e devidamente revisados antes de serem revendidos.

Anoto que os valores referentes à troca dos pneus e outros reparos que foram suportados pelo autor são igualmente devidos pelas rés, pois fazem parte de um dos principais itens de uma boa revisão, além do que os problemas que o autor teve com pneus demonstra que a mínima diligência não foi feita.

[...]

Não há que se falar em falta de nexo causal entre sua conduta e os danos suportados pelo autor, pois esta decorre dos diversos anúncios veiculados e da negligência ao colocar à venda veículos sem o mínimo de vistoria necessária ao bom funcionamento. Tanto que da primeira vez, ofertou a troca do veículo adquirido pelo autor.

(acórdão, fls. 346-347)

Verifica-se, assim, que os automóveis seminovos alienados não estavam em estado compatível com o que fora anunciado, não havendo correspondência do produto com a expectativa gerada pela oferta veiculada, devendo-se reconhecer a sua responsabilização.

Em situações similares, ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte já reconheceram o direito ao consumidor:

Consumidor. Recurso especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor.

- O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos

ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado.

- *Constatado pelo eg. Tribunal a quo que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada.*

- Diante da declaração de falência da concessionária, a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora.

(REsp n. 363.939-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4.6.2002, DJ 1º.7.2002, p. 338)

Direito Processual Civil, Civil e do Consumidor. Recurso especial. Reexame de provas. Inviabilidade. Prequestionamento de tese. Imprescindibilidade. Corretora que intermedeia a celebração de contrato de promessa de compra e venda que, desde a origem, mostrava-se nulo, visto que a vendedora tivera a falência decretada cerca de um ano antes e o bem imóvel encontrava-se penhorado. Indenização por perdas e danos. Possibilidade.

1. É inequívoco que o corretor de imóveis deve atuar com diligência, prestando às partes do negócio que intermedeia as informações relevantes, de modo a evitar a celebração de contratos nulos ou anuláveis, podendo, nesses casos, constatada a sua negligência quanto às cautelas que razoavelmente são esperadas de sua parte, responder por perdas e danos.

2. *Ademais, a moldura fática aponta, no que as partes não controvertem, que a recorrente promoveu a veiculação de publicidade do imóvel - inclusive, foi o que atraiu a autora para a oferta -, o qual estava há muito penhorado e já pertencia à massa falida, isto é, não estava mais sob a gestão dos administradores da Conenge. Com efeito, apurada a patente negligência da recorrente quanto às cautelas que são esperadas de quem promove anúncio publicitário - ainda que não afirmada a má-fé -, nos termos do artigo 37, § 1º, do CDC, também por esse fato é cabível o reconhecimento de sua responsabilidade, visto que a publicidade mostrou-se idônea para induzir a consumidora em erro.*

3. Em relação à denúncia da lide, a decisão tomada pelo Tribunal de origem decorreu de fundamentada convicção, amparada na análise dos elementos existentes nos autos, tendo sido constatado pelas instâncias ordinárias que a autora havia sido lesada, já tendo pago todo o preço do bem imóvel quando procurou o Cartório, de modo que a eventual reforma do acórdão recorrido esbarra no óbice intransponível imposto pela Súmula n. 7 desta Corte.

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.266.937-MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 6.12.2011, DJe 1º.2.2012)

Aliás, entender de forma diversa, inclusive para apurar sobre eventual ciência do recorrido quanto à eventual responsabilidade exclusiva da concessionária, demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súm. n. 7-STJ).

Nesse sentido, vejamos:

Recurso especial. Ação de indenização. Acidente automobilístico ocasionado por defeito no pneu do veículo. Vítima acometida de tetraplegia. Corte local que fixa a responsabilidade objetiva da fabricante do produto.

1. Insurgência da fabricante.

[...]

Fixada pela Corte de origem a existência de nexos causal entre o defeito de fabricação que causou o estouro de pneu e o acidente automobilístico, inviável se afigura a revisão de tal premissa de ordem fática no estrito âmbito do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

[...]

3. Recurso da fabricante conhecido em parte, e na extensão, não provido. Recurso do autor conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 1.281.742-SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 13.11.2012, DJe 5.12.2012)

Agravo regimental. Direito do Consumidor. Compra de veículo zero-quilômetro com defeito. Vícios do produto não solucionados no prazo legal. Ação visando à restituição do valor pago, bem como a condenação em danos morais. Honorários advocatícios. Majoração em segundo grau sem o pedido da parte. Julgamento *extra petita*. Caracterização. Alegação de que os problemas teriam sido solucionados, bem como de que o dano moral não teria sido caracterizado. Questões de prova. Reexame no recurso especial. Descabimento. Súmula n. 7-STJ.

[...]

III - A alegação de falta de comprovação da existência de vícios de fabricação no veículo, bem como de que o laudo pericial teria comprovado a adequação do bem ao fim a que se destina está relacionada às circunstâncias fático-probatórias da causa, cujo reexame é vedado em âmbito de especial, a teor do Enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

[...]

Agravos do autor, bem como da montadora, segunda ré, improvidos.

(AgRg no REsp n. 895.706-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 2.9.2008, DJe 16.9.2008)

Consumidor. *Publicidade enganosa. Responsabilidade civil.* Indenização por danos materiais e morais. Discussão sobre o nexo de causalidade e o *quantum indenizatório*. Arts. 186 e 944 do CC. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. *A discussão sobre a caracterização ou não do nexo de causalidade esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ. Precedentes.*

2. Da mesma forma, vedado está o exame dos arts. 186 e 944 do CC, especialmente considerando que a verificação da extensão dos danos para quantificar a indenização depende, invariavelmente, do revolvimento de fatos e provas. Precedentes.

3. Ademais, a indenização fixada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) não pode ser tida como irrisória ou exorbitante, de modo que não há razão para reformar o acórdão de origem.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.338.812-PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27.5.2014, DJe 24.6.2014)

Além disso, não há falar em excludente de ilicitude, como tenta fazer crê a recorrente, o fato de serem os veículos usados (fabricados em 1997), com alta quilometragem, naturalmente desgastados e com prazo de garantia legal vencido.

Inclusive, foi muito provavelmente em razão dessas características, por não se tratar de um veículo zero-quilômetro, que fizeram com que ele buscasse adquirir o produto justamente com quem possui uma marca consolidada no mercado e que lhe garantiu que o bem advinha de uma revisão com qualidade.

De fato, dentro do seu poder de livremente avaliar e oferecer diversos tipos de produtos e serviços, ao agregar o seu “carimbo” de excelência aos veículos seminovos anunciados, a fabricante acabou por atrair a solidariedade pela oferta do produto/serviço e o ônus de fornecer a qualidade legitimamente esperada pelo consumidor.

Com sua precisão de costume, o Min. Herman Benjamin destaca que:

O proveito econômico direto do anúncio é, fundamentalmente, do anunciante. Não se pode, pois, passar ao consumidor-vítima, que não lucra economicamente com a atividade, os riscos a ela inerentes. Seria mais um caso de apropriação unilateral de vantagens e socialização de custos.

Sendo pública a oferta publicitária (opera no plano da comunicação de massa), maiores são seus benefícios para o anunciante, e, paralelamente, maiores também são seus riscos. O anunciante, ao optar por ela, explícita ou implicitamente, assume - ou deve assumir - os encargos que acompanham as facilidades [...]

A publicidade tem uma "álea" (exatamente a possibilidade de alguma desconformidade entre aquilo que o anunciante quis dizer e o que, efetivamente, afirma o anúncio), por ela respondendo aquele que economicamente com a atividade mais se beneficia. Cabe, pois, ao anunciante, e não ao consumidor, fazer seguro para cobrir tal álea, se for o caso. Esta, a propósito, é a solução explicitada pelo regulamento do CDC, adotando proposta minha.

(in Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover [et al]. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, p. 307-308).

Nesse sentido já decidiu o STJ:

Direito do Consumidor. Lei n. 8.078/1990 e Lei n. 7.565/1986. Relação de consumo. Incidência da primeira. Serviço de entrega rápida. Entrega não efetuada no prazo contratado. Dano material. Indenização não tarifada.

I – Não prevalecem as disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica que conflitem com o Código de Defesa do Consumidor.

II – As disposições do Código de Defesa do Consumidor incidem sobre a generalidade das relações de consumo, inclusive as integradas por empresas aéreas.

III – Quando o fornecedor faz constar de oferta ou mensagem publicitária a notável pontualidade e eficiência de seus serviços de entrega, assume os eventuais riscos de sua atividade, inclusive o chamado risco aéreo, com cuja consequência não deve arcar o consumidor.

IV - Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 196.031-MG, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 24.4.2001, DJ 11.6.2001, p. 199)

Na verdade, a utilização de marca de renome - utilização essa consentida, até por força de Lei (art. 3º, inciso III, da Lei n. 6.729/1979) - gera no consumidor legítima expectativa de que o negócio é garantido pela montadora, razão pela qual deve esta responder por eventuais desvios próprios dos negócios jurídicos celebrados nessa seara.

Portanto, a responsabilidade civil da fabricante decorre, no caso concreto, de pelo menos duas circunstâncias: a) da premissa fática incontornável adotada pelo acórdão de que os mencionados produtos e serviços ofertados eram avaliados pela montadora através da mensagem publicitária veiculada; b) e também, de um modo geral, da percepção de benefícios econômicos com as práticas comerciais da concessionária, sobretudo ao permitir a utilização consentida de sua marca na oferta de veículos usados e revisados com a excelência da GM.

8. Por fim, não merece provimento o aventado dissídio jurisprudencial sustentado, haja vista que a parte trouxe como paradigma acórdão que discute a questão do dano moral pelo inadimplemento contratual em razão de defeitos recorrentes em automóvel, sendo que o mérito do presente caso discute a responsabilidade pelo defeito na informação, isto é, pela oferta viciada, em razão de publicidade enganosa.

Sob esse prisma, é sabido que o recurso fundado na alínea c do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da alegada divergência, “exige-se que o recorrente demonstre, ‘analiticamente’, que os ‘casos são idênticos e mereceram tratamento diverso à luz da mesma regra federal’.

Traz, ainda, no tocante ao dissídio, o requerimento de redução do montante arbitrado a título de dano moral, uma vez que acórdão do STJ teria reduzido, em situação similar, a indenização no valor de “100 salários mínimos (R\$ 35.000,00) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)”.

No ponto, o acórdão asseverou que:

Com relação ao valor do dano moral fixado em R\$15.990,00, valor equivalente ao dos danos “materiais, não merece alteração, pois guarda em si a devida proporção entre a lesão e a respectiva reparação.

Segundo a lição de Antonio Jeová Santos, “A indenização, não pode servir de enriquecimento indevido para a vítima. Idêntico raciocínio é efetuado em relação ao detentor do comportamento ilícito. Uma indenização simbólica servirá de enriquecimento indevido ao ofensor que deixará de desembolsar quantia adequada, enriquecendo-se com o ato hostil e que desagradou, de alguma forma, algum ou quaisquer dos direitos da personalidade” (Dano Moral Indenizável, Editora Revista Tribunais, 4a edição, p. 199). :

Há, assim, que observar o princípio da lógica do razoável, ou seja, “importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes” (cf. Sérgio Cavalieri Filho, “Responsabilidade Civil”, p. 116).

O valor fixado atende aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, anotados os transtornos sofridos pelo autor, o dano e sua extensão.

Dessarte, verifica-se que a conclusão a que chegou o Tribunal de origem, acerca da existência de dano moral, decorreu de convicção formada em face dos elementos fáticos existentes nos autos, de forma que rever a decisão recorrida

importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal (Súmula n. 7-STJ), como visto.

Ademais, na esteira da jurisprudência consolidada por esta Corte Superior, apenas as quantias que se revelam ínfimas ou exorbitantes, isto é, desarrazoadas ante valores comumente estabelecidos em situações análogas, possuem o condão de invocar a pertinência da análise por este Tribunal, o que não ocorre na hipótese.

9. Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Raimundo Gomes de Barros**

1. No presente caso, Milton Ferreira Barros ajuizou, em 2003, uma ação de indenização contra Afonso Distribuidora de Veículos Ltda. e General Motors do Brasil – GM, sustentando que, confiado na publicidade veiculada, adquiriu automóvel seminovo que veio a apresentar diversos problemas. Apesar de ter trocado por outro, ainda assim o mencionado veículo apresentou inúmeros defeitos.

2. Na sentença, o magistrado julgou procedente o pedido para condenar as rés, de forma solidária. Adveio apelação por ambas as partes. O Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento a ambas, no que importa, afastando a pretensa ilegitimidade da fabricante e reconhecendo sua solidariedade nos termos do artigo 18 do CDC.

3. A fabricante interpôs recurso especial insistindo na sua ilegitimidade para a causa, sob a alegação de que a sua participação na publicidade foi unicamente com a finalidade de “qualificar as condições das concessionárias no sentido de demonstrar as condições para participar do programa SIGA, tais como, instalações, disponibilidade de recursos financeiros, capacidade empresarial, não tendo jamais vistoriado ou certificado as condições dos veículos



(*) Advogado, especialista em Direito do Consumidor e Processo Civil, Presidente e Diretor Jurídico da ADECCON – Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor, Procurador Federal inativo.

postos à venda, sendo isso de inteira responsabilidade da concessionária”. Sustenta, mais ainda, que não participou do contrato de compra e venda celebrado, não tendo recebido nada pela alienação do veículo, além de não ter sido a legítima causadora do dano. Aduz, ainda, que os automóveis envolvidos foram fabricados em 1997 e contavam com elevada quilometragem, sendo, portanto, usados e fora de prazo de garantia legal e contratual, não havendo falar em defeito ou vício, nem em responsabilidade pelo desgaste natural do bem. Assevera, por derradeiro, que o fato de a concessionária possuir concessão da marca Chevrolet não impinge solidariedade a ela recorrente, por atos que não estejam relacionados com atuação em nome da GM.

4. Com especial enfoque nos princípios da vulnerabilidade do consumidor e do seu legítimo direito de ser informado corretamente, a Quarta Turma do STJ, à unanimidade, sob a relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, disprou o apelo nobre.

5. Dogmaticamente, a solução dada nesse julgamento imprime estrita observância aos limites, finalidades, enfim, à teleologia do CDC, adotando toda a sua principiologia, com destaque e acolhimento à doutrina da jurista Cláudia Lima Marques, citada no voto do relator.

6. De observar-se que no caso em tela restou prestigiado pela Corte o caráter vinculativo da oferta, que se integra ao contrato, (a venda dos veículos), dando-se guarida às legítimas expectativas que a publicidade despertou nos consumidores. Como leciona o jurista Luiz Otávio de Oliveira Amaral¹, “Qualquer informação prestada pelos fornecedores, publicitária ou não, apresentação do produto e serviço, poderá vincular o fornecedor, independentemente de sua intenção, querer ou aviso em contrário, desde que essa informação infunda, no consumidor, a confiança de boa-fé”. Prossegue o autor: “A teoria da confiança ou a teoria do crédito social, entre nós e mui especialmente nas relações de consumo, coincide com a criação da expectativa do consumidor. Essa confiança, que vem da expectativa criada, pode até está fundada numa aparência jurídica, de uma confiança jurígena, surgida na etapa pre-contratual, das negociações preliminares, situação essa que desafia um bom sopesar de balizamentos como a boa-fé, a função social do contrato”.

7. Note-se que, antes do advento do CDC, a única consequência decorrente dos excessos publicitários, subsumia-se a evitar o desgaste ético nas

¹ Teoria Geral do Direito do Consumidor, RT 2010, p.76.

transações negociais. Inexistia juridicamente um suporte capaz de frear a ânsia pelo lucro, havendo até mesmo, um certo desprezo pela competitividade.

8. Induvidosamente, pois, a intervenção jurídica na oferta publicitária, tem empós de si o asseguramento da primazia do princípio da boa-fé. Como leciona José Tadeu Neves Xavier² “(...), a ideia de boa-fé não deve ficar restrita ao discurso ético, pois como adverte Judith Martins Costa, de pouca utilidade seria o recurso à boa-fé se essa se confundisse com o mero reclamo à ética”.

9. Demais disso, não há dúvida, a publicidade integra as relações obrigacionais, vinculando-se aos deveres de colaboração e lealdade na convivência social, imposições definidas no CDC (art.1º e 4º). É o primado da proteção da confiança, cabendo, pois, a quem patrocina a publicidade prevê o cálculo e a previsibilidade dos consumidores em relação aos efeitos que dela decorrem. É assim é porque as pessoas costumam acreditar em promessas, principalmente quando provenientes de pessoas físicas ou jurídicas renomadas, como é o caso da General Motors.

10. Oportuno citar o escólio de René Savatier, traduzido e citado por Anderson Schreiber³, no ataque ao pater famílias: “Pois os homens diligentes e avisados violam, muito frequentemente, um dever legal, contratual ou moral. Um patife pode ser bastante prudente. E crê-se, diversas vezes, muito hábil em escapar voluntariamente a uma obrigação. O canalha que seduz uma moça, o homem de finanças que promove um negócio duvidoso, o comerciante que desvia deslealmente a clientela de outro, são geralmente pessoas hábeis e diligentes. Sua culpa é de haver dirigido esta habilidade à violação de um dever”. De fato.

11. Colhe-se da fundamentação do relator dentre muitas outras considerações relevantes a seguinte asserção: “Nessa ordem de ideias, sendo incontroverso que a General Motors realmente partilhou do informa publicitário, tendo “participado da propaganda publicitária e dando seu “aval” à garantia dos seminovos comercializados pela corré Afonso Distribuidora” (fls.346), fato que não é refutado pela própria recorrente, penso que não há como afastar sua solidariedade pela oferta veiculada, tendo, portanto, legitimidade para a causa”. Ato contínuo, indo ao cerne da questão fática prequestionada, exhibe ainda o relator o ponto nodal da controvérsia: “Na hipótese, a publicidade levada a

² A Violação da Boa-Fé Como Critério de Reconhecimento da Ilicitude da Publicidade (RDC, 93, p.367).

³ Novos paradigmas da Responsabilidade Civil, 2ª ed. Atlas S.A., 2009, p.39.

cabo pela concessionária expressa os seguintes dizeres: “SIGA. “OS ÚNICOS SEMINOVOS COM AVAL DA CHEVROLET” “Os únicos seminovos com aval da GM em mais de 110 itens inspecionados”.

12. Ora, a fabricante afirma em publicidade que os veículos ofertados ao público consumidor, são os únicos seminovos com aval da Chevrolet, com mais de 110 itens inspecionados. É o caso, pois, de cláusula publicitária suficientemente precisa, cujo cumprimento se torna obrigatório. Nesse sentido, em sede doutrinária, colhe-se, mais uma vez, do magistério de Luiz Otávio de Oliveira Amaral⁴, “Assim, há de se entender bem essa cláusula (oferta suficientemente precisa) que não significa uma licença para que o ofertante possa usar da intransparência, de falsidade, da indução de atração do consumidor. É que aqui, também persiste a vedação geral, nas relações de consumo, do dolus bônus (oferta inocente), ou seja, o artifício da inverdade, ou do exagero para atrair o cliente”.

Penso que o acórdão prima pela correta e adequada aplicação do direito do consumidor, impondo ao fabricante a seguinte regra de convivência social: **isto não se faz.**

⁴ Op. Cit. Página 169.

2.2. Publicidade Abusiva

RECURSO ESPECIAL N. 1.329.556-SP (2012/0124047-6)*

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Benedito Domingues

Advogado: Lázaro Ramos de Oliveira e outro(s)

Recorrido: Cogumelo do Sol Agaricus do Brasil Comércio Importação e Exportação Ltda

Advogado: Noriyo Enomura e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Direito do Consumidor. Ação indenizatória. Propaganda enganosa. Cogumelo do Sol. Cura do câncer. Abuso de direito. Art. 39, inciso IV, do CDC. Hipervulnerabilidade. Responsabilidade objetiva. Danos morais. Indenização devida. Dissídio jurisprudencial comprovado.

1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções.

2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração.

* Classe processual alterada para EREsp, data 14.3.2015.

3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil).

4. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada *hipervulnerabilidade* do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes.

5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se *in re ipsa* em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor.

6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 25 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Benedito Domingues*, com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e morais. Ação julgada parcialmente procedente. (...) *Demonstração de venda de produto impróprio*

ao consumo como medicamento e inadequado para o fim a que se destinava. Publicidade enganosa e abusiva. Art. 18, parágrafo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Devolução do preço pago. Necessidade. Danos morais indevidos. Morte ocorrida depois de três anos da aquisição do produto. Mero dissabor que não justifica a indenização. Provimento parcial da apelação da ré, prejudicado o recurso do autor. (...) Há demonstração suficiente de que a ré vendeu produto impróprio ao uso e consumo como medicamento, mesmo porque inadequado para o fim a que se destinava por força de publicidade feita (art. 18, parágrafo 6º, inciso III, da Lei n. 8.078/1990) e de natureza enganosa e abusiva, merecendo ressarcido o consumidor pelo dispêndio de produto que se revelou sem a menor eficácia. A ineficácia do produto para combater a neoplasia pode constituir em mágoa e aborrecimento, mas não atinge o direito de personalidade depois de três anos do uso e de continuidade no tratamento convencional. Para que a indenização seja devida, é mister que o indivíduo tenha sido submetido à situação humilhante e vexatória, ausente na hipótese (fl. 276 - grifou-se).

Na origem, trata-se de ação de reparação por danos materiais e morais ajuizada pelo ora recorrente, beneficiário da justiça gratuita, contra a empresa ré, ora recorrida, que lhe vendeu, em 22.3.1999, no valor total de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais), o produto denominado “Cogumelo do Sol”, sob a promessa de que seria eficaz na promoção da cura do câncer. No caso, o autor adquiriu o “remédio” para seu filho Lucas da Silva, portador de câncer no fígado, em estado avançado, e que veio a óbito por carcinomatose em 27.3.2002, ou seja, três anos após a compra do “medicamento”.

Extrai-se da inicial a seguinte narrativa:

*(...) A sócia-proprietária da ré afirmou ao autor que o **Remédio Cogumelo do Sol teria resultado positivo garantido para a cura da doença após a sua utilização durante o período de 6 (seis) meses, visto que o remédio possuía propriedades terapêuticas e medicinais, agia na parte imunológica do organismo, diminuindo as células cancerígenas.** Em vista disso, o autor, fragilizado pela enfermidade de seu filho, adquiriu o produto Cogumelo do Sol como solução para a doença (...). O produto Cogumelo do Sol **não trouxe qualquer resultado positivo na cura da doença do filho do autor**, até que no dia 27 de março de 2002, este veio a falecer.*

O autor na hora do desespero foi induzido em erro pela empresa-ré, ao buscar a “solução” no Cogumelo do Sol, principalmente pela superficialidade com que a empresa-ré trata de dado essencial do produto, qual seja, a de que é alimento e não remédio, além do que não estava registrado como medicamento sendo que a atribuição de propriedades terapêuticas não havia sido comprovada junto ao órgão competente.

Neste passo, importante relevar que a publicidade enganosa e abusiva patrocinada pela empresa-ré enseja reparação de dano moral, na medida em que incutiu falsas expectativas e levou o autor a erro, frustrando-o em sua expectativa de obter os resultados propalados, causando danos à saúde do seu filho, que realizou tratamento com o produto Cogumelo do sol como solução para o câncer que ele não é capaz de combater (e-STJ fls. 4-5 - grifou-se).

Ao final, afirmou que os danos sofridos deveriam ser reconhecidos de plano (*in re ipsa*), à luz dos arts. 6º, IV e VIII, 31, 37, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor e 186, 187, 927 e 944 do Código Civil.

Consta dos autos que a empresa recorrida já foi autuada por uso ilegal da medicina mediante a prescrição de tratamentos não comprovados cientificamente (e-STJ fl. 72). Afere-se ainda a existência de prisão em flagrante em 10 de novembro de 2000 de Yasuko Kimura (IP n. 35/00), comerciante que vendeu ao autor o produto, por infração do art. 273, parágrafo 1º, 1º a e 1º b, do Código Penal (com as alterações da Lei n. 9.677/1998 - falsificação de medicamentos), nas dependências da empresa Cogumelo do Sol Agaricus do Brasil Comércio Importadora, Exportadora Ltda., ora recorrida, que foi interditada.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido sob o fundamento de que “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, dentro das características pessoais deste na intenção de comercializar produtos ou serviços” por meio de publicidade enganosa, ensejaria o dever de indenizar o consumidor tanto material como moralmente (e-STJ fls. 171-181).

O Tribunal de origem a despeito de reconhecer a publicidade enganosa, reformou a sentença para negar o pleito de danos morais sob o fundamento de que houve um simples aborrecimento banal ou mera suscetibilidade ferida, mantendo incólume apenas a indenização por danos materiais. Assim, não obstante tenha considerado existir “*demonstração suficiente de que a ré vendeu produto impróprio ao uso e consumo como medicamento*”, **reputou o fato um mero dissabor** (e-STJ fl. 276):

(...) A publicidade enganosa e da qual o autor se vergou decorre do fato de que a ré, indicando o “cogumelo do sol” ou o “Royal Agaricus” como algo “rico em proteínas, vitaminas, sais minerais e inúmeros princípios ativos, vem atraindo a atenção da comunidade médico-científica e do público em geral das propriedades terapêuticas que apresenta em relação a diversas patologias, com destacada atuação nos casos de câncer” (fl. 36), fazendo, ainda, exposição do sistema imunológico e a formação das células cancerígenas, passando pela abordagem dos métodos convencionais

do tratamento do câncer para, em seguida, afirmar que o Dr. Ghoneum descobriu que **"o Royal Agaricus pode estacionar o crescimento das células cancerígenas, dois dias após administração do chá com concentração de 5%**. Em paralelo, constatou que as células neoplásicas, que não receberam infusão de RA, dobraram em número, no intervalo de dois dias (...)", apontando o cogumelo como profilaxia contra o câncer (fls. 37-45). Mas a publicidade não para aí, afirmando casos de recuperação de pacientes portadores de neoplasia em fase avançada (fls. 46-51).

Aliás, tão amplas foram as divulgações da eficácia do produto que **despertaram a atenção das autoridades competentes, redundando em prisão em flagrante dos responsáveis pelo produto (fls. 58-113), observando-se que o conteúdo da ação civil pública movida pelo Ministério Público contra a ré é sintomático, onde se anota de forma clara que as propriedades terapêuticas e medicinais não estão cientificamente provadas e que ela, inclusive, faz uso de 'expedientes ambíguos e implícitos capazes de induzir em erro o consumidor, insinuando que o produto agiria na recuperação de doenças e cirurgias, inclusive graves, melhorando o estado de saúde das pessoas e abreviando o tratamento, além de prevenir doenças e de fortalecer pessoas deficientes, ou que estão com baixa resistência. A publicidade, portanto, é capaz de induzir o consumidor em erro principalmente pela superficialidade quando trata de dado essencial do produto, qual seja, de que é alimento e não remédio** (fls. 187-232). A ré, em relação a essa peça de seu conhecimento, tanto que figura como parte, não se manifestou, embora a tanto tivesse oportunidade.

Assim, há demonstração suficiente de que a ré vendeu produto impróprio ao uso e consumo, mesmo porque inadequado para o fim a que se destinava por força de publicidade feita (art. 18, parágrafo 6º, inciso III, da Lei n. 8.078/1990) e de natureza enganosa e abusiva, merecendo ressarcido o consumidor pelo dispêndio de produto que se revelou sem a menor eficácia. Daí porque corretamente se deliberou a devolução do preço pago pelo produto impróprio ao uso a que se destinava devidamente corrigido, e limitado apenas ao que restou documentado. (...) A ineficácia do produto para combater a neoplasia pode constituir em mágoa e aborrecimento, mas não atinge o direito de personalidade depois de três anos do uso e de continuidade no tratamento convencional (e-STJ fls. 280-281 - grifou-se).

Nas razões do especial, o recorrente aduz que a publicidade foi capaz de induzi-lo em erro, principalmente pela superficialidade com que trata de dado essencial do produto, qual seja, a de que é alimento e não remédio e alega dissídio jurisprudencial com os seguintes precedentes, todos julgados com base na tese da publicidade enganosa e proteção do consumidor (art. 37 do CDC):

(i) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: Apelação Cível n. 20070710030024, DJ 24.9.2007, no qual houve o reconhecimento da

propaganda enganosa com a condenação por danos morais de empresa que vendeu produto para emagrecimento a consumidor lesado na justa expectativa almejada, mas frustrada em virtude da plena impossibilidade do resultado prometido, a despeito da observância das orientações constantes na publicidade;

(ii) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Apelação Cível n. 70041542580, em que foi reconhecida a publicidade enganosa ante a atribuição de propriedade terapêuticas de produto (esteira de massagem), sem comprovação, e uso de técnica agressiva de venda domiciliar, visando idosos e aposentados;

(iii) do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Cível n. 1.0261.06.045252-9/003, julgado em que se reconheceu o dano moral decorrente da publicidade enganosa destinada a cooptar consumidor com necessidades especiais a adquirir veículo automotor, sem, no entanto, informar acerca das limitações de uso.

(iv) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte: Apelação Cível n. 2008.01.0002-9, na qual a publicidade enganosa foi reconhecida, pois o consumidor acreditou estar adquirindo um automóvel quando lhe foi vendido, em verdade, um título de capitalização.

Aduz que o direito do consumidor a informações básicas acerca dos produtos e serviços postos no mercado de consumo decorre do sistema. Afirma que “a Recorrida atribui ao produto Cogumelo, do Sol, que nada mais é que um complemento alimentar à base de um tipo de fungo, propriedades terapêuticas e medicinais não comprovadas cientificamente, utilizando-se, inclusive, de ‘expedientes ambíguos e implícitos capazes de induzir em erro o consumidor, insinuando que o produto agiria na recuperação de doenças e cirurgias, inclusive graves” (e-STJ fl. 289 - grifou-se).

Sem as contrarrazões (e-STJ fl. 343), o recurso foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O recurso merece prosperar.

No caso vertente, está demonstrado o dissídio jurisprudencial no que se refere ao direito do consumidor à informação clara, precisa e coerente dos

produtos e serviços postos no mercado de consumo, razão pela qual passa-se à análise de mérito recursal.

Primeiramente, registre-se que, no caso concreto, não se está a analisar a eficácia do produto “Cogumelo do Sol”, quais seus resultados objetivos à saúde ou, ainda, se existe autorização da ANVISA para a sua comercialização, circunstâncias não elencadas na causa de pedir e alheias ao pedido (e-STJ fls. 3-11).

Cinge-se a controvérsia a analisar o direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções. A lide está adstrita à alegação de propaganda enganosa. A dramática situação dos autos tem origem na plausível busca de um pai pela cura do câncer de fígado que acometeu seu filho, menor de idade. A razão exclusiva para a aquisição do produto “Cogumelo do Sol” se deu por sua publicidade que assegurava, de forma positiva, resultados no tratamento de câncer.

Destaque-se que o tema tem importância constitucional, tendo em vista que o art. 220, § 4º, da Constituição Federal prevê que “a propaganda comercial (...) de medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”. A saúde, por sua vez, está incluída entre os direitos sociais assegurados pela Constituição, no art. 6º da CF/1988, razão pela qual é direito de todos e dever do Estado.

Ademais, a Política Nacional das Relações de Consumo está voltada a assegurar ao consumidor o direito à informação adequada sobre produtos postos no mercado de consumo (art. 6º, III, do CDC) e o respeito à dignidade, à saúde e à segurança na relação consumerista (art. 4º do CDC), em especial quanto aos “riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos” (art. 6º, I, do CDC).

Trata-se, no caso, de *propaganda enganosa* (37, § 1º, do CDC), tida como aquela relacionada à veracidade da informação falsamente prestada, a qual, ainda que por omissão, seja capaz de induzir o consumidor em erro quanto à natureza, às características, à qualidade, à quantidade, às propriedades, à origem, ao preço e a quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Aliás, também se verifica, no caso concreto, a denominada *publicidade abusiva* (art. 37, § 2º, do CDC), vinculada à insurgência aos “valores da coletividade”, por exploração do medo

e incitação de superstições, aproveitando-se da momentânea deficiência de julgamento do consumidor, restando contrariada a própria boa-fé objetiva que permeia a relação consumerista (art. 39, IV, do CDC).

De fato o consumidor médio, em condições normais, dificilmente acreditaria que pedaços de cogumelos desidratados em comprimidos (na forma oral e em supositórios) poderiam, de forma autônoma, fazer parte do tratamento de paciente com câncer. No caso, o produto amplamente ofertado no mercado estava sendo utilizado como uma alternativa na busca de cura, tendo em vista que o acompanhamento do paciente por especialistas foi mantido, inclusive com o emprego de radioterapia e quimioterapia (sentença - fl. 178).

À toda evidência, não é razoável, nem se coaduna com a legislação pátria, a oferta de produto que, sem comprovação científica quanto à sua eficácia, é anunciado como apto a reabilitar pessoa acometida de doença grave. O art. 31 do CDC veda a oferta que coloque em risco a saúde e a segurança do consumidor, detentor do direito subjetivo às informações quanto às “características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados” do produto adquirido (REsp n. 1.188.442-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 6.11.2012, DJe 5.2.2013).

A propaganda de medicamentos não poderá conter afirmações que não sejam passíveis de comprovação científica, nem poderá utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo (art. 7º, § 2º). Toda propaganda de medicamentos conterà obrigatoriamente advertência indicando que, em persistindo os sintomas, o médico deverá ser consultado (art. 7º, § 5º) (Rizzato Nunes, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 6ª Edição, Editora Saraiva, págs. 491-492 - grifou-se).

Ora, a ausência da obtenção do resultado prometido e a comprovada publicidade enganosa e abusiva ensejaram transtornos que superaram o mero dissabor. A aquisição do produto decorreu da inadequada veiculação de falsas expectativas quanto à possibilidade de cura de câncer agressivo e da exploração da hipervulnerabilidade do recorrente, naturalmente fragilizado pelo mal sofrido por seu filho. O intuito de lucro desarrazoado, a partir da situação de premente necessidade do recorrente, é situação que desafia a reparação civil.

A ideia de vulnerabilidade está justamente associada à debilidade de um dos agentes da relação de mercado, no caso, o consumidor, cuja dignidade merece ser preservada. Com efeito, há de ser valorada a frustração da expectativa

de obtenção dos resultados propalados, como a última chance de sobrevivência de um filho. O desequilíbrio da relação negocial decorre da capacidade de persuasão do fornecedor, único e verdadeiro detentor da informação acerca do produto e da sua eficácia, havendo, indubitavelmente, um desencontro de forças. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada é denominada *hipervulnerabilidade* (art. 39, IV, do CDC).

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem explicitam que “(...) a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como (...) *sua situação de doente*. (...) Em outras palavras, enquanto a vulnerabilidade ‘geral’ do art. 4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos, tema desta obra), a hipervulnerabilidade seria inerente e ‘especial’ à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou *temporária* (*doença*, gravidez, analfabetismo, idade)”. (O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis, Editora Revista dos Tribunais, p. 188-189 - grifou-se)

O STJ já se pronunciou sobre a hipervulnerabilidade de coletividade indígena desprovida de assistência médico-odontológica (REsp n. 1.064.009-SC), de deficientes físicos, sensoriais ou mentais (REsp n. 931.513-RS) e de portadores de doença celíaca, sensíveis ao glúten (REsp n. 586.316-MG).

O ordenamento pátrio não tolera a conduta da empresa recorrida em induzir a compra de mercadoria “milagrosa” (e-STJ fls. 37-58), justamente no momento de desespero de um consumidor premido de necessidade. A esperança de possível resgate da dignidade do paciente, seu familiar que estava diante de morte iminente, conduziu à aquisição do produto. *A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, era apta a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil)*.

A demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) na propaganda enganosa é irrelevante para a caracterização da publicidade ilícita no âmbito do CDC (REsp n. 1.266.937-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 1º.2.2012). Também prescindível o efetivo engano do consumidor, bastando aferir em abstrato a potencialidade da publicidade em induzi-lo em erro.

A propósito, confirmam-se acerca do tema propaganda enganosa, os seguintes precedentes desta Corte: REsp n. 1.344.967-SP, Rel. Ministro Ricardo

Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26.8.2014, DJe 15.9.2014; REsp n. 1.391.084-RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26.11.2013, DJe 25.2.2014; AgRg nos EDcl no AREsp n. 259.903-SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26.8.2014, DJe 25.9.2014; REsp n. 1.317.338-MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.3.2013, DJe 1º.4.2013; REsp n. 866.636-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 29.11.2007, DJ 6.12.2007 e REsp n. 92.395-RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 5.2.1998, DJ 6.4.1998.

No caso, a manifesta incongruência do conteúdo veiculado no rótulo do produto “Cogumelo do Sol”, aliada às circunstâncias pessoais da vítima, teve o condão de agravar a já angustiante situação de vida do consumidor, desafiando a indenização por dano moral, que prescinde da demonstração de prejuízo, por ocorrer *in re ipsa*.

Como se pode averiguar dos autos (e-STJ fls. 37-58), a publicidade foi exteriorizada por meio de gráficos e estatísticas de difícil compreensão e imprecisas as informações. Há falta de transparência dos dados fáticos, técnicos ou científicos do produto (art. 36, parágrafo único, do CDC), inclusive em relação a seus malefícios, já que a recorrida *nega a possibilidade de quaisquer efeitos colaterais na ingestão do produto, sem sequer mencionar os perigos quanto ao uso excessivo ou inadequado dos comprimidos*. Tais importantes advertências, que deveriam sustentar a mensagem, foram substituídas pela intensa divulgação da esperança na terapia de moléstias graves, dentre as quais a neoplasia maligna. Portanto, ao não se precisar a qualidade e a composição do produto vendido, violou-se o art. 31 do CDC.

O direito pleiteado foi reconhecido pela sentença em virtude do manifesto abalo moral sofrido pelo recorrente consoante fundamentação que se transcreve, por oportuno, no que interessa:

(...) Pelo que se infere dos autos, a ré realizou publicidade enganosa e abusiva, consoante estabelecido no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor. **Há documentos que demonstram que a ré divulgava - ou divulga - efeitos do produto por ela comercializado. Esses efeitos estão relacionados não somente a tratamento e cura do câncer, como também a melhora do sistema imunológico, com cura de doenças daí resultantes.** O livreto distribuído pela ré e acostado aos autos informa a atuação do produto e destinação, com ampla descrição, inclusive gráficos, **que demonstram como as células cancerígenas poderiam ser por ele tratadas.**

Há referência à chamada abordagem tradicional contra o câncer, com informações, inclusive, pertinentes à ausência de possibilidade de solução da questão com esta utilização, enaltecendo-se a atuação do produto por ela comercializado como capaz de superar o resultado obtido com a chamada abordagem tradicional. Inúmeras expressões relatam, de forma clara, a existência de “nova e promissora droga” destinada a tratar doenças, um novo tipo de terapia proposto, com atuação no sistema imunológico e, ainda, capaz de não produzir nenhum efeito colateral.

Contrariamente ao informado pela ré, há expressões que relatam as propriedades do produto e a capacidade deste de remir totalmente células cancerígenas e metástase, com a apresentação de casos e relatos correspondentes.

Não se pode olvidar que estas mesmas informações, consoante os documentos constantes nos autos, foram divulgadas na Imprensa escrita e falada, que tem grande penetração e efeito sobre o grande público, potencializando, assim, os efeitos da sua efetivação. Ressalve-se que *nenhum dos documentos foi impugnado pela ré, sendo, no mais, oriundos de Inquérito Policial instaurado para apuração de situações pertinentes à utilização e comercialização do produto em questão.*

O Código de Defesa do Consumidor combate toda e qualquer conduta abusiva que, de alguma forma, venha a proporcionar dano ao consumidor, destacando-se, dentre elas, aquela pertinente à existência de conduta através da qual venha o fornecedor de um produto ou serviço a prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, dentro das características pessoais deste, na intenção de comercializar produtos ou serviços (art. 39, IV do Código de Defesa do Consumidor). Estabelece, outrossim, o artigo 37, nos termos já expostos acima, proibição pertinente a realização de publicidade enganosa ou abusiva, definindo estas modalidades de atuação nos parágrafos correspondentes. (...)

A ré, indubitavelmente, prevaleceu-se da fraqueza e ignorância do autor, oferecendo produto que, por óbvio, não tem as propriedades por ela informadas. Por outro lado, a aquisição comprovadamente se fez quando já detectada a doença e na intenção de cura. Há obviamente, nexos de causalidade, considerando-se a finalidade da aquisição e a atuação da ré para que esta fosse possível (e-STJ fls. 173-179 - grifou-se).

A propósito, é consabido que condutas dessa natureza são tipificadas como crime (art. 283 do Código Penal), porquanto vedado no ordenamento pátrio “inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível”, o que se conhece por “charlatanismo”, crime de perigo abstrato e que tem como sujeito ativo qualquer pessoa (delito comum) e passivo, a coletividade e as pessoas eventualmente iludidas. A consumação do crime se dá com o mero anúncio. Luiz Régis Prado, ao interpretar o mencionado artigo, alega que “tem-se como exemplo o agente que promete curar

o câncer mediante tratamento que é somente de seu conhecimento” (Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 3, Parte Especial - arts. 250 a 359H, 9ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 238 - grifou-se).

Saliente-se, ainda, que é objetiva a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados aos consumidores em razão de defeitos do produto (arts. 14 e 30 do CDC), o que se aplica, inclusive, aos anúncios. Portanto, tendo em vista o direito básico do consumidor de “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais” (art. 6º, VI, CDC), é imprescindível aplicar a regra de ordem pública. Por sua vez, diferentemente da regra constante no CDC, no art. 6º, VIII, o art. 38 determina uma modalidade de inversão legal obrigatória do ônus da prova no tocante à publicidade (*ope legis*). Em outras palavras, o ônus de provar que a publicidade não é enganosa nem abusiva é do fornecedor, não tendo a recorrida se desincumbido desse mister.

Por fim, *arbitro o montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de indenização por danos morais*, valor condizente aos parâmetros adotados nesta Corte, com acréscimo de juros de mora a partir do evento danoso (data da aquisição do produto), à luz da Súmula n. 54-STJ, e correção monetária a partir do arbitramento, restabelecendo-se, no mais, a sentença de fls. 171-181 (e-STJ) para manter a condenação por danos materiais (quantia gasta na aquisição do “remédio” que totaliza R\$ 540,00 - quinhentos e quarenta reais) e condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido inicial nos termos da fundamentação acima.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Sr. Presidente, não acompanho o voto de V. Exa., ainda que excelente, porque, com todo o respeito, o fato de se ter persistido no acompanhamento do paciente por especialistas, inclusive com o emprego da radioterapia e da quimioterapia, evidencia, a meu ver, que era sabido e consabido que esse tratamento não seria suficiente para debelar o lamentável câncer que acometeu o jovem.

Por esse motivo, divirjo.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O acórdão em comento versa sobre o exame da ilicitude da oferta e publicidade do produto denominado “*Cogumelo do Sol*”, um alimento anunciado com propriedades medicamentosas para a cura do câncer. O Recurso Especial foi admitido pelo permissivo do dissídio jurisprudencial (art.105, III, alínea “c” da CF) por envolver a tese da aplicação do dano moral para hipóteses de publicidade enganosa. Reformando a decisão do TJ/SP, o acórdão reconheceu ser imperativa a reparação material e moral do consumidor em razão de comprovada publicidade enganosa e abusiva, pelos fundamentos que se passa a detalhar.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

O acórdão gravita em torno de três grandes temas, os quais perpassam alguns dos mais importantes direitos básicos do consumidor, a saber: (i) direito à informação clara e adequada sobre as características dos produtos e serviços (arts. 6º, III, 18, § 6º III e 31 do CDC); (ii) direito à proteção contra publicidade enganosa e abusiva (arts. 6, IV, 36, p. único, 37 e 38, CDC), analisada, *in casu*, notadamente à luz do consumidor hipervulnerável (acometimento de doença grave – art. 39, IV CDC c/c art. 156, CC) e; (iii) direito à efetiva reparação dos danos patrimoniais e morais (art.6º,VI), ressaltada a responsabilização objetiva do fornecedor decorrente de sua oferta e publicidade, uma vez demonstrado o nexo causal.

a) Direito à informação clara e adequada

Em relação ao primeiro tema, qual seja, o direito à informação clara, adequada e precisa sobre as *características* dos produtos e serviços, verifica-

¹ Advogada, Doutora pela Universidade de São Paulo e, na atualidade, Diretora do BRASILCON, é autora, dentre outras publicações, do livro *Publicidade e Direito*, editado pela Revista dos Tribunais (2ª edição).

se que no caso concreto a violação a esse direito básico ocorreu em razão da oferta enganosa quanto à *natureza e composição* do produto “*Cogumelo do Sol*”, anunciado como remédio, quando em verdade se tratava de mero alimento sem nenhuma função medicamentosa.

O produto – registrado perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária na categoria de “Alimento” – não passava de pedaços de cogumelos desidratados e vendidos em comprimidos (na forma oral ou em supositórios), cujos benefícios terapêuticos não restaram comprovados, muito embora fosse ostensivamente anunciado como “*nova e promissora droga*” à eficaz cura do câncer e melhora do sistema imunológico como um todo.

Nesse passo, violou, a um só tempo: (i) o artigo 31 do CDC, em vista da *superficialidade com que a empresa tratou do dado essencial do produto, qual seja, a de que era um alimento e não um remédio*, apresentando ainda informações incorretas e imprecisas quanto à *qualidade, eficácia e composição do produto vendido*²; bem como (ii) o artigo 18, § 6º, III do CDC, por restar demonstrada a oferta de *produto impróprio ao consumo*, assim compreendido como aquele que se revela *inadequado ao fim a que se destina, in casu*, como dito, um mero alimento sem qualquer função de cura.

Ressaltou-se, ainda, para além de toda inadequação quanto às informações sobre a real natureza do produto, que o rótulo não continha qualquer advertência sobre os riscos de seu eventual consumo excessivo. “*Tais importantes advertências, que deveriam sustentar a mensagem, foram substituídas pela intensa divulgação da esperança na terapia de moléstias graves, dentre as quais a neoplasia maligna*”.

b) Proteção contra publicidade enganosa e abusiva: hipervulnerabilidade aferida

O segundo pilar de fundamentação do acordão, e talvez o mais importante, está calcado no reconhecimento de veiculação de publicidade enganosa e abusiva do produto “*Cogumelo do Sol*”, agravada pela exploração da *hipervulnerabilidade* do destinatário da publicidade (um pai de família que buscava a cura do câncer que acometeu seu filho, menor de idade).

² Ainda, como lançado na decisão “*à toda evidencia, não é razoável, nem se coaduna com a legislação, a oferta de produto, que sem comprovação científica quanto à sua eficácia, é anunciado como apto a reabilitar pessoa acometida de doença grave. O artigo 31 do CDC veda oferta que coloque em risco a saúde e segurança do consumidor, detentor do direito subjetivo às informações quanto às características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, do produto adquirido*”.

Assim, e para além do já mencionado artigo 31 do CDC, a transgressão *ao princípio da veracidade* nas relações de consumo encontra respaldo nos artigos 36, parágrafo único e 37 do CDC³.

No caso em comento, houve franca violação ao que a doutrina denomina de *dever da transparência da fundamentação da publicidade*⁴, uma vez não ter restado comprovado – mediante dados fáticos, técnicos ou científicos – qualquer uma das funções medicamentosas apregoadas⁵.

Convém frisar, que, consoante já escrevemos, o artigo 36, parágrafo único tem por escopo impor ao fornecedor a manutenção da *prova da veracidade* das afirmações veiculadas, caso questionado pelos legítimos interessados, dentre os quais, e em primeiro plano, o próprio consumidor que, por óbvio, não tem condições de levantar aqueles dados ou executar testes com os produtos⁶. Neste contexto, aduz Antonio Herman Benjamin que *“de pouco adiantaria exigir a fundamentação da mensagem publicitária (cuja carência está incluída no conceito de publicidade enganosa) sem que se desse acesso aos consumidores”*.

³ O princípio da veracidade é talvez o princípio de maior expressão no controle da atividade publicitária e pode ser identificado em praticamente todas as legislações de defesa do consumidor no mundo por meio de normas de repressão à publicidade enganosa. Na Europa, está atualmente regulamentado pela Diretiva 2006/114/CEE que consolidou as normas sobre publicidade enganosa e comparativa e também pela Diretiva 2005/29/CE que versa sobre as práticas comerciais desleais, incluindo-se dentre elas as ações enganosas. Na Itália encontramos referência ao princípio da veracidade nos dispositivos de combate à publicidade enganosa do *Codice del Consumo* (D.Leg. 206/2005). Em Portugal o princípio também está recepcionado no artigos 10º e 11º do Código da Publicidade (Decreto Lei 330/90). Na França, a chamada Lei Royer de 1973 já continha norma de combate à publicidade enganosa (art.44) e, atualmente, a matéria está regulamentada pelo artigo L.121-1 do *Code de la Consommation*. Na Espanha, a vigente *Ley General de Publicidad* (1988) recepciona o princípio por meio da definição de publicidade enganosa (artigo 4º).

⁴ Assim, BENJAMIN, Antonio Herman. *CBDC comentado pelos autores do anteprojeto*, Forense Universitária, 8º edição, p.323. Ainda: *“o fornecedor tem ampla liberdade para anunciar seus produtos ou serviços. Deve, contudo, fazê-lo com base em elementos fáticos e científicos: é sua fundamentação”*. CAVALIERI FILHO sobre o mesmo artigo aponta que: *“consumidor desinformado é consumidor desarmado, vulnerável. Sem informações adequadas sobre os produtos e serviços que lhe são oferecidos, o consumidor é presa fácil dos abusos do mercado. Se se deseja eliminar ou abrandar a vulnerabilidade do consumidor, a questão da informação mostra-se decisiva”* (*Programa de Direito do Consumidor*, Atlas, 3ª ed., p.134). A violação ao art. 36, p. único, configura ainda ilícito penal do art. 69 do CDC.

⁵ Segundo o acórdão: *“Como se pode averiguar dos autos, a publicidade foi exteriorizada por meio de gráficos e estatísticas de difícil compreensão e imprecisas as informações. Há falta de transparência dos dados fáticos, técnicos ou científicos do produto (art.36, parágrafo único, do CDC), inclusive em relação a seus malefícios já que a recorrida nega a possibilidade de quaisquer efeitos colaterais na ingestão do produto, sem sequer mencionar os perigos quanto ao uso excessivo ou inadequados dos comprimidos”*.

⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*, Revista dos Tribunais, 2ª ed., p.70.

É o que se verifica, a propósito, em disposição específica identificada no Código da Publicidade Português (Decreto nº 330/90), cujo artigo 10.2 também exige que as afirmações publicitárias sejam “*passíveis de prova, a todo momento, perante as instâncias competentes*”⁷.

Ou seja, não havendo a comprovação dos dados técnicos e científicos que sustentem a veracidade da mensagem veiculada – cujos dizeres, no caso, estavam fundamentados na (falsa) *eficácia* do produto anunciado – configurada está a publicidade enganosa.

A publicidade enganosa, por sua vez, encontra-se definida no artigo 37 do CDC, e pode ser resumida como a mensagem *capaz de induzir o consumidor em erro* quanto às características do produto ou serviço anunciado, quer pela sua *falsidade* quer por *qualquer outro meio* (omissão, ambiguidade, inexatidão)⁸. A mensagem enganosa apresenta, assim, aptidão para influenciar o comportamento econômico do consumidor, que seria diverso caso estivesse melhor informado sobre as características do produto⁹. Em qualquer situação, por ação ou omissão, haverá a turbação da declaração de vontade do consumidor para celebração do negócio de consumo em virtude do vício de informação.

A publicidade do produto “*Cogumelo do Sol*” é, pois, um exemplo clássico de publicidade enganosa comissiva, haja vista a *falsidade* das informações terapêuticas anunciadas, as quais, como provado dos autos, não guardavam qualquer relação com as *reais* características do produto, i.e., um alimento sem qualquer diferenciado benefício. Restou demonstrado, pois, o nexos causal entre a falsa mensagem medicamentosa e o comportamento viciado do consumidor¹⁰.

⁷ BENJAMIN, Antonio Herman, *CBDC comentado...*, cit., p.323. O dever de fundamentação consta, ainda, do art.27, § 1º do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito...* p.102

⁹ Assim, por exemplo: “*Indenização. Título de capitalização. Publicidade enganosa configurada. A publicidade enganosa é aquela que provoca distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, se estivesse melhor informado, possivelmente não o faria. O consumidor tem o direito de não ser enganado quando acredita estar adquirindo um plano de financiamento para casa própria ao passo que, na verdade, está aderindo a um plano de capitalização*” (TJMG, Ap.Cív. 1.0194.05.044674-0/001, j. 22.03.2007).

¹⁰ Na jurisprudência, condenando publicidade enganosa de produtos que ostentavam eficácia terapêutica, sem qualquer comprovação, confira-se: TJSP, Apelação n.º 000920527.2006.8.26.0363, Re. Des. Clóvis Castelo, j. em 26/08/2013; TJRS, Apelação n.º 70056069610, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. em 26.9.2013; TJRS, Apelação n.º 70056275068, Rel. Des. João Moreno Pomar, j. em 27.2.2015; TJRS, Apelação n.º 70050974161, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, j. em 24.10.2012.

Vale apontar que como bem tratado pelo acordão, o produto fora anunciado como uma *alternativa* na busca da cura do câncer. Deste modo, o fato do paciente ter continuado o tratamento convencional (de rádio e quimioterapia), ao lado do produto anunciado como “*milagroso*”, não elide o caráter nitidamente enganoso da publicidade em questão, devendo o direito dar uma pronta resposta a essa conduta ilegal e abusiva.

Neste particular, o fornecedor, ao conferir natureza de remédio a mero “alimento”, deu azo à violação de todo um arcabouço regulatório. É dizer, o produto, porque não é um medicamento, jamais poderia ter se posicionado como tal. E, caso assim fosse, sua publicidade estaria adstrita a uma legislação altamente regulada, burlada no caso concreto¹¹.

O acordão vai além para então atribuir, ao caso concreto, hipótese de **publicidade abusiva** (art. 37, §2º CDC), “*vinculada à insurgência aos valores da coletividade, por exploração ao medo e incitação de superstições, aproveitando-se da momentânea deficiência de julgamento do consumidor, restando contrariada a própria boa-fé objetiva que permeia a relação consumerista (art. 39, IV, do CDC)*”.

O acordão merece aqui novamente a melhor acolhida. De fato, verifica-se *in casu* o aspecto *teleológico* da publicidade abusiva: a utilização do medo e da fragilidade do consumidor como instrumento imoral para aumentar o consumo do produto. Note-se que, consoante já escrevemos, o legislador, na redação do § 2º do artigo 37 do CDC, valeu-se do verbo “*explorar*” (e não do verbo “*causar*”) – significando, pois, “*utilizar*” no intuito de “*extrair vantagem para si*”. É o que se verifica na hipótese, em que há pelo anunciante um verdadeiro abuso dos sentimentos e sensações do consumidor. Não é lícito, pois, criar no consumidor a crença em fatos sem qualquer racionalidade ou justificativa científica para motivá-lo a adquirir produtos e serviços. Trata-se de situação que abusa da fraqueza do consumidor em evidente violação da boa-fé objetiva¹².

O acordão, portanto, mostra-se vanguardista ao fundamentar a conduta

¹¹ Nos termos do art.56 do Decreto-Lei 986/69, “*excluem-se do disposto neste Decreto-lei os produtos com finalidade medicamentosa ou terapêutica, qualquer que seja a forma como se apresentem ou o modo como são ministrados*”. Isso significa que para que o fornecedor possa alegar propriedades terapêuticas ou medicamentosas, seu produto deve estar necessariamente *registrado* como *medicamento* e, ainda, seguir os termos da RDC nº96/2008. Ou seja, alimentos não podem ostentar propriedades medicamentosas, sob pena de infração sanitária (art.10, IV da Lei 6.437/77). Na jurisprudência, confira-se: Ap. cível 2005.34.00.033620-2/DF, Quinta Turma do TRF da 1ª Região, j. em 14.01.2015, envolvendo o produto “TAK 500”, registrado como alimento, mas veiculado com propriedades terapêuticas de emagrecimento. Infração sanitária confirmada.

¹² Dias, Lucia Ancona Lopez de Magalhães, *Publicidade...*, cit., p.187 e 189.

do fornecedor também no conceito de publicidade abusiva, pois, de fato, para além de toda a enganiosidade existente, a publicidade acaba por se aproveitar de um público alvo muito específico, de *vulnerabilidade informacional agravada*, posto que acometido de doença grave (art. 39, IV CDC). A *hipervulnerabilidade* de certas categorias de consumidores, aliás, já foi reconhecida em outras oportunidades pelo STJ¹³, e pode ser definida, na lição de Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, como a “*situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (...) ou idade alentada (...) ou suas situações de doente (...)*”. A hipervulnerabilidade seria, assim, “*inerente e especial à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade)*”¹⁴.

O acordão, por fim, reconheceu que a propaganda enganosa veiculada era apta a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta entendeu estar subsumida à hipótese de estado de perigo (art.156 CC).

Adicionalmente, anotamos que a conduta ora em exame também poderia ser passível de configuração de publicidade abusiva *que induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde e segurança* (37, § 2º, *in fine*), haja vista a ineficácia do produto anunciado para a proteção da saúde do consumidor cancerígeno.

c) Reparação dos danos materiais e morais

Por derradeiro, ao restar comprovada a publicidade enganosa e abusiva, o acórdão reformou a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, por concluir não ter havido “mero dissabor” em razão do evento, mas efetivos transtornos, passíveis de reparação material e moral (art.6º, VI do CDC).

Três premissas foram lançadas no acordão para a responsabilização do fornecedor na hipótese de publicidade enganosa: (i) irrelevância da demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para a caracterização da publicidade ilícita no âmbito do CDC, aplicando-se aos anúncios a responsabilidade objetiva;

¹³ Os seguintes precedentes são citados: hipervulnerabilidade de coletividade indígena desprovida de assistência médico-odontológica (Resp 1.064.009/SC), de deficientes físicos, sensoriais ou mentais (Resp 931.513/RS) e de portadores de doença celíaca (Resp 586.316/MG).

¹⁴ *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.188-189.

(ii) prescindibilidade do efetivo engano do consumidor, bastando aferir em abstrato a potencialidade da publicidade em induzi-lo em erro (dano *in re ipsa*) e; (iii) inversão do ônus da prova através da aplicação do artigo 38 do CDC, que atribui ao fornecedor o integral deve provar a veracidade ou exatidão dos dados e informações veiculadas em suas mensagens publicitárias, o que não foi evidenciado¹⁵.

O nexos causal, portanto, restou comprovado, considerando-se a finalidade da aquisição do produto pelo consumidor [obter a cura do câncer] e a atuação do fornecedor para que esta [cura] fosse possível, por meio da veiculação de falsas informações sobre as suas supostas propriedades medicamentosas, as quais, em verdade, nunca existiram.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Bem fundamentado, culto e com importantes discussões conceituais, o acórdão assume grande destaque como *leading case* à caracterização das hipóteses de oferta e publicidade enganosa, abusividade e hipervulnerabilidade no Direito do Consumidor Brasileiro. A reforçar o acerto da decisão, cumpre notar que essa mesma publicidade foi alvo de ação civil pública, também julgada procedente¹⁶, haja vista a conduta reiterada de violação aos direitos básicos dos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.329.556-SP, Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 25/11/2014.

¹⁵ Para maior estudo sobre a Responsabilidade Civil na Publicidade, confira-se DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*, p.297-317.

¹⁶ *“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Publicidade enganosa do produto Cogumelo do Sol - Divulgação de qualidades terapêuticas e curativas não comprovadas do produto - Indução do público consumidor a erro - Vinculação de qualidades medicinais e terapêuticas que se sabia não estarem comprovadas - Divulgação de estudos pseudocientíficos que corroboravam tais qualidades - Conduta vedada pelo Código de Defesa do Consumidor - Danos morais difusos - Valor da condenação respeita critério de proporção às vantagens indevidas auferidas em razão da publicidade enganosa e se adéqua às funções punitiva e ressarcitória que deve observar a indenização - Danos patrimoniais individuais homogêneos decorrem da própria falsidade da publicidade, gerando o dever de indenizar os consumidores que iludidos pelas falsas qualidades curativas do produto - Necessidade de veicular contrapropaganda para destruir a falsa imagem que perdura na mente de um número indeterminado de consumidores - Sentença parcialmente procedente - Recurso dos réus improvido - Recurso do autor provido.”* (TJSP, Apelação n.º 0146659-71.2006.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 16.7.2009).

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

2.3. Banco de Dados e Cadastro de Consumidores

RECURSO ESPECIAL N. 1.419.697-RS (2013/0386285-0)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Boa Vista Serviços S/A

Advogados: Flávio Pereira Lima e outro(s)

Gianmarco Costabeber e outro(s)

Recorrido: Anderson Guilherme Prado Soares

Advogados: Lisandro Gualarte Moraes e outro(s)

Deivti Dimitrios Porto dos Santos

Fabiano Garcia Severgnini

Ivi Andréia Porto dos Santos

Interessado: Banco Central do Brasil - Bacen - “Amicus Curiae”

Advogado: Procuradoria-Geral do Banco Central

Interessado: Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas - “Amicus Curiae”

Advogados: Leandro Alvarenga Miranda e outro(s)

Nival Martins da Silva Júnior

Interessado: Serasa S/A - “Amicus Curiae”

Advogados: André Luiz Souza da Silveira

Sérgio Bermudes e outro(s)

Fabiano de Castro Robalinho Cavalcanti

Interessado: Federação Brasileira de Bancos Febraban - “Amicus Curiae”

Advogado: Antonio Carlos de Toledo Negro e outro(s)

Interessado: IDV - Instituto para Desenvolvimento do Varejo - “Amicus Curiae”

Advogado: Ariel Rocha Zvoziak

EMENTA

Recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC). Tema n. 710-STJ. Direito do Consumidor. Arquivos de

crédito. Sistema “Credit Scoring”. Compatibilidade com o direito brasileiro. Limites. Dano moral.

I – Teses:

1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).

2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).

3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.

4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

II – Caso concreto:

1) Não conhecimento do agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso representativo de controvérsia;

2) Inocorrência de violação ao art. 535, II, do CPC.

3) Não reconhecimento de ofensa ao art. 267, VI, e ao art. 333, II, do CPC.

4) Acolhimento da alegação de inoccorrência de dano moral “in re ipsa”.

5) Não reconhecimento pelas instâncias ordinárias da comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não sendo possível afirmar a ocorrência de dano moral na espécie.

6) Demanda indenizatória improcedente.

III – Não conhecimento do agravo regimental e dos embargos declaratórios, e recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial para julgar improcedente a demanda indenizatória, e não conhecer do agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso representativo de controvérsia, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C do Código de Processo Civil foram definidas as seguintes teses: “1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de

informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados”.

Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Consignadas as presenças dos Drs. Flávio Pereira Lima, pela recorrente Boa Vista Serviços S/A; Leonardo Borchardt, pelo recorrido Anderson Guilherme Prado Soares; Erasto Villa Verde de Carvalho Filho, pelo *amicus curiae* Banco Central do Brasil S/A; Leandro Alvarenga Miranda, pelo *amicus curiae* Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas e Sergio Bermudes, pelo *amicus curiae* Serasa S/A.

Brasília (DF), 12 de novembro de 2014 (data de julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial afetado ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil para a consolidação do entendimento desta Corte sobre a “a natureza dos sistemas de *scoring* (*SCPC SCORE CRÉDITO*) e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar indenização por dano moral”.

No caso dos autos, *Boa Vista Serviços S/A* insurge-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul, assim ementado:

Agravo em apelação cível. Apelações cíveis. Responsabilidade civil. Ação cominatória de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por dano moral. SCPC Score Crédito. Ilegalidade do serviço. Direito à informação. Violação. Valor da indenização. Majoração. Honorários advocatícios. Redução do percentual fixado na sentença. É abusiva a prática comercial de utilizar dados negativos dos consumidores, para lhe alcançar uma pontuação, de forma a verificar a probabilidade de inadimplemento. Sem dúvidas, este sistema não é um mero serviço ou ferramenta de apoio e proteção aos fornecedores, como quer fazer crer a demandada, mas uma forma de burlar direitos fundamentais, afrontando toda a sistemática protetiva do consumidor, que inegavelmente se sobrepõe à proteção do crédito. Reconhecer a ilicitude deste serviço não significa uma forma de proteção aos mal pagadores. Estes já contam com seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito, cujos dados podem ser utilizados

livremente pelas empresas. O que não é possível é a utilização de registros pessoais dos consumidores, para formar um novo sistema de probabilidade de inadimplemento, sem informar claramente aos interessados e a toda sociedade quais são exatamente as variáveis utilizadas e as razões pelas quais uma pessoa é classificada como com “alta probabilidade de inadimplência” e outra com “baixa probabilidade de inadimplência”. A falta de transparência e de clareza desta “ferramenta” é incompatível com os mais mezinhos direitos do consumidor. Na forma com que é utilizado o sistema, certamente gera os danos morais alegados na inicial, pois o consumidor que necessita do crédito, negado em face de sua pontuação, fica sem saber as razões pelas quais é considerado propenso ao inadimplemento, restando frustrada legítima expectativa de ter acesso aos seus dados e a explicações sobre a negativa do crédito. *Agravo desprovido.* (fl. 202)

No recurso especial, interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, a recorrente apontou violação aos seguintes dispositivos:

(I) art. 535, II, do CPC, porquanto o acórdão recorrido teria deixado de enfrentar pontos omissos relevantes para o deslinde da causa;

(II) art. 267, VI, do CPC, pois a recorrente seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, visto que (i) não possui qualquer ingerência sobre a tomada de decisões nos estabelecimentos comerciais para os quais presta serviços consultivos, não tendo influência sobre a concessão ou não de crédito por determinadas empresas; (ii) o seu serviço consiste em compilar dados cadastrais disponibilizados publicamente com cadastros de inadimplência para que o comerciante decida se concede ou não crédito ao consumidor;

(III) art. 333, II, do CPC, pois (i) restou comprovado que não é responsável pela negativação do crédito do consumidor, mas sim, o concedente do crédito, destinatário dos seus serviços; (ii) o SCPC SCORE CRÉDITO não possui qualquer relação com o cadastro positivo (consagrado pela Lei n. 12.414/2001), visto que não utiliza informações positivas dos consumidores; (iii) adota parâmetros similares aos de seguradoras de veículos, fornecendo dados estatísticos, baseados em critérios objetivos e de ciência de todos os envolvidos; (iv) não é possível falar na ocorrência de dano “in re ipsa”.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 261-271.

Fernando Kleber do Carmo interpôs agravo regimental a fls. 612-636 contra a decisão que ampliou a suspensão para todas as ações em trâmite e que ainda não tenham recebido solução definitiva sobre tema objeto do presente recurso.

Na decisão de fls. 1.027-1.028, determinei a realização de audiência pública, na data de 25.8.2014, com vistas a municiar a Corte com informações indispensáveis ao deslinde da controvérsia.

A fls. 1.132-1.134, proferi decisão tornando pública a lista de habilitados a participar da audiência pública.

Indeferi o pedido de ingresso, na qualidade de *amici curiae*, do IBDComb (fls. 1.140-1.141) e da União (fls. 1.187-1.188), em razão do momento processual em que se encontrava o presente feito.

Não conheci, ainda, do agravo regimental interposto pelo IBDComb (fls. 1.187-1.188)

A União apresentou embargos de declaração (fls. 1.246-1.250), aduzindo razões para o deferimento do seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, bem como omissão da decisão com relação ao não cabimento de agravo regimental contra a decisão que indefere o pedido de habilitação.

Foi realizada audiência pública, conforme notas taquigráficas de fls. 246-388, do expediente avulso.

Os habilitados juntaram documentos às fls. 73-244 do expediente avulso.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso especial da CDL e pelo provimento dos demais recursos especiais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas. Consigno, inicialmente, que este é um daqueles processos em cujo julgamento parte-se praticamente do “zero”, pois não tinha uma noção clara acerca do que seria o chamado “credit scoring”, ou simplesmente “credscore”.

Após a afetação do primeiro recurso especial, em face da provocação feita pelo NURER (Núcleo de Recursos Repetitivos e Repercussão Geral) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, informando a existência de cerca de oitenta mil recursos a respeito desse tema, passei a receber advogados das partes interessadas em meu gabinete.

Nessas audiências, constatei que havia uma grande celeuma acerca da própria natureza do sistema “score” e do regime jurídico aplicável por se tratar de um tema novo no cenário jurídico.

Por isso, após determinar a subida de um segundo recurso especial (ação coletiva de consumo movida pelo Ministério Público) sobre o mesmo tema,

decidi realizar a audiência pública no mês de agosto, cujas notas taquigráficas foram anexadas aos autos eletrônicos.

Ressalto que a audiência pública foi extremamente importante na formação do meu convencimento acerca das principais questões controvertidas a serem dirimidas para solução da controvérsia posta no presente processo.

Nesse ponto, os meus agradecimentos a todos os participantes da audiência pública e a todas as pessoas que colaboraram para a sua realização, especialmente aos colegas e aos servidores desta Casa.

Passo ao exame, preliminarmente, das questões incidentais suscitadas no curso da tramitação do presente recurso representativo de controvérsia, tendo optado por fazê-lo na data de hoje juntamente com o próprio recurso para agilizar o seu julgamento.

Após, analisarei a questão central controvertida devolvida ao conhecimento deste colegiado pelo recurso especial representativo de controvérsia e, posteriormente, será examinado individualmente o recurso especial interposto.

a) Agravo regimental interposto por Fernando Kleber do Carmo:

Início pelo agravo regimental interposto por Fernando Kleber do Carmo (fls. 612-636), o qual não é parte no presente processo e se irressignou contra a decisão que ampliou a suspensão para todas as ações em trâmite e que ainda não tenham recebido solução definitiva sobre tema objeto do presente recurso.

Não conheço do agravo regimental por se tratar de recurso interposto por terceiro que não é parte no presente processo.

Ademais, ainda que fosse admitido, com o julgamento do presente caso como recurso representativo de controvérsia, seguindo o rito do art. 543-C, o agravo perde o seu objeto.

b) Embargos de declaração interpostos pela União (fls. 1.246-1.250):

Quanto aos embargos declaratórios opostos pela União, tenho que não devem ser conhecidos.

Com efeito, a União tomou conhecimento da afetação do presente recurso em março de 2014, conforme determinado no despacho de fl. 806.

Posteriormente, houve ampla divulgação da realização da audiência pública, nos termos da decisão de fls. 1.027-1.028, com prazo para habilitação até o dia 5.8.2014.

Somente em 20.8.2014, a União apresentou pedido de ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*.

Portanto, entendi que, neste momento processual, não era hipótese de deferir o pedido, e nem admitir eventual recurso da decisão que o indeferiu.

c) Pedido de desentranhamento de documentos:

Com relação ao pedido da recorrente (fls. 1.251-1.252) de desentranhamento das petições da União e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor Bancário - IBDConB, em razão do indeferimento do pedido de ingresso como *amici curiae*, indefiro o pedido.

As manifestações escritas ficam anexadas aos autos como contribuição para o exame pelo colegiado da temática controvertida.

d) Exame da controvérsia

O objeto central dos dois recursos especiais representativos de controvérsia situa-se na avaliação da licitude do chamado “credit scoring” como sistema de avaliação do risco de concessão de crédito.

Essa análise será desenvolvida nos seguintes tópicos:

- a) conceito de “credit scoring”;
- b) avaliação do risco de crédito nos contratos em geral;
- c) regulamentação dos arquivos de consumo pelo CDC;
- d) a Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011);
- e) licitude do sistema “credit scoring”;
- f) limites: privacidade e transparência;
- g) dano moral.

1) Conceito de “credit scoring”

O chamado “credit scoring”, ou simplesmente “credscore”, é um sistema de pontuação do risco de concessão de crédito a determinado consumidor.

Trata-se de um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis de decisão, com atribuição de uma nota ao consumidor avaliado conforme a natureza da operação a ser realizada.

Aproveitando-se da facilidade contemporânea de acesso aos bancos de dados disponíveis no mercado via “internet”, algumas empresas desenvolveram fórmulas matemáticas para avaliação do risco de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis de decisão, atribuindo uma nota ao consumidor.

As “variáveis de decisão” são fatores que a experiência empresarial denotou como relevantes para avaliação do risco de retorno do crédito concedido. Cada uma dessas variáveis recebe uma determinada pontuação, atribuída a partir de cálculos estatísticos, formando a nota final.

Consideram-se informações acerca do adimplemento das obrigações (histórico de crédito), assim como dados pessoais do consumidor avaliado (idade, sexo, estado civil, profissão, renda, número de dependentes, endereço).

Por exemplo, no presente processo (Recurso Especial n. 1.419.697-RS), foi realizada a análise do risco de crédito da parte autora, ora recorrida (fl. 21).

Esclareceu-se, inicialmente, a metodologia de cálculo do “**SCPC Score Crédito**”, dizendo-se o seguinte:

O SCPC Score Crédito agrupa os consumidores em faixas de risco, tendo como parâmetro o comportamento médio esperado em termos de inadimplência baseado no histórico de informações de mercado compartilhadas em nossas bases. A pontuação do Score varia de 0 a 1.000 e indica menor risco para a concessão de crédito a medida que se aproxima de 1.000.

Em seguida, atribuiu-se ao consumidor uma pontuação de 553, prestando-se, ainda, informações de que não constaria nenhum registro de débito, protesto, cheque ou ação civil para o documento avaliado.

A polêmica central do presente processo, devolvida ao conhecimento desta Corte, situa-se exatamente na verificação da licitude desse método de avaliação do risco de crédito.

2) Avaliação do risco de crédito nos contratos em geral

Relembre-se que, até hoje, antes da celebração dos contratos tradicionais (*v.g.* compra e venda de um imóvel), em um período pré-contratual, é realizada pelos interessados uma avaliação recíproca da idoneidade da outra parte e de sua capacidade financeira de honrar o negócio jurídico a ser celebrado.

Essa avaliação do risco de celebração do contrato envolve um conhecimento da pessoa do outro contratante, do objeto do contrato e do próprio conteúdo do contrato a ser celebrado, fazendo-se, assim, uma análise recíproca do risco do negócio a ser celebrado (risco do crédito).

Nos contratos de consumo, realizados em uma sociedade marcada pela massificação e pelo anonimato, os métodos tradicionais de avaliação do crédito passaram a se mostrar inadequados.

Recorde-se que, antes da disseminação da *internet* como sistema de comunicação, previamente à celebração de um contrato de compra e venda de um eletrodoméstico em uma loja, era preenchida uma ficha cadastral com pedido de concessão de crédito, com a indicação das informações comerciais do interessado para avaliação de seu risco de crédito diretamente pelo lojista.

Essa ficha cadastral era arquivada pela própria empresa, formando o seu cadastro de clientes.

No comércio, passou a ser sentida a necessidade de um maior dinamismo na troca dessas informações arquivadas nos cadastros de cada lojista.

Em 1955, surge, em Porto Alegre, organizado pela Câmara de Dirigentes Lojistas (CDL), o primeiro banco de dados para integração dessas informações, sendo denominado de Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) do Brasil. Posteriormente, foram criados em outros Municípios brasileiros, atingindo-se o expressivo número de 1600 CDLs instaladas em todo o Brasil.

Com a facilidade de conexão pela *internet*, formou-se o SPC-Brasil, em 2002, administrando um imenso banco de dados com alguns milhões de registros, transformando-se em Rede Nacional de Informações Comerciais (RENIC).

No setor privado, algumas empresas passaram a explorar economicamente o serviço de proteção ao crédito, com destaque para a Serasa Experian, com cerca de 50 anos de atuação no mercado brasileiro.

No setor público, o Banco Central do Brasil possui bancos de dados de proteção ao crédito, incluindo o CCF (Cadastro de Emitentes de Cheques), o CADIN (Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidade Federais não Quitados) e o CRC (Cadastro de Risco de Crédito). Enquanto os dois primeiros cadastros trabalham com informações negativas, o último atua também como um cadastro positivo de crédito.

Em função disso, em 1990, quando elaborado o Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC), uma das preocupações foi com o controle dos arquivos de consumo.

3) Regulamentação dos arquivos de consumo pelo CDC

Os cadastros de devedores e os bancos de dados de proteção ao crédito, como modalidades de arquivos de consumo, receberam uma atenção especial do legislador do CDC, tendo sido devidamente regulamentados pelo art. 43 da Lei n. 8.078/1990 (CDC), nos seguintes termos:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Ressalte-se que o CDC não restringiu sua regulamentação aos cadastros ou bancos de dados de informações negativas (arquivos negativos), embora tenham-se tornado os mais comuns no mercado até poucos anos atrás (SPC, Serasa etc.).

A regulamentação legal englobou, como modalidades de arquivos de consumo, os cadastros de devedores e os bancos de dados de proteção ao crédito, apesar de prestarem serviços diferentes, conforme lembra **Herman Benjamin**, ao fazer a seguinte distinção:

Partilhando afinidades com os bancos de dados, os cadastros de consumidores deles se apartam em pelo menos três pontos.

Primeiro, a permanência das informações é acessória, já que o registro não é um fim em si mesmo, estando a manutenção dos dados vinculada ao interesse comercial atual ou futuro, mas sempre direto e particularizado, do arquivista em relação ao cliente cadastrado.

Segundo, tampouco funcionam os cadastros pigmentados pela aleatoriedade na coleta das informações. Exatamente porque o universo subjetivo que move o arquivista coincide com aquele da sua própria atuação empresarial (arquivista e fornecedor não são agentes econômicos diversos, confundindo-se na mesma pessoa), os 'cadastráveis' tendem a ser delimitados, isto é, normalmente associados a um grupo pequeno de consumidores, efetivos ou potenciais. Em oposição à prática dos bancos de dados, é comum, uma vez que o consumidor deixe de transacionar com a empresa, a exclusão de seu nome do cadastro mantido.

Por derradeiro, os cadastros orientam-se pela transmissibilidade intrínseca ou interna, circulando e beneficiando somente ou preponderantemente o arquivista, que, como há pouco notamos, não é um terceiro, mas o fornecedor mesmo, sujeito de direito de relação jurídica de consumo. (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 432).

O microssistema brasileiro de proteção do consumidor inseriu-se na preocupação mundial com a proteção da privacidade do consumidor ensejada pelo desenvolvimento da informática, embora, no início da década de noventa, a *internet* ainda fosse incipiente no Brasil.

Herman Benjamin, um dos autores do Anteprojeto do CDC na Comissão presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover, lembra que uma das fontes de inspiração foi a *Fair Credit Reporting Act* (1970), dos Estados Unidos, cuja exposição de motivos consignava que “os serviços de proteção ao crédito vem assumindo papel vital no reunir e avaliar o crédito de consumidores e outras informações sobre eles”, mas concluindo no sentido de que “há uma necessidade de assegurar que esses serviços de proteção ao crédito exercitem suas graves responsabilidades com equidade, imparcialidade e respeito pelo direito à privacidade do consumidor” (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 328).

Com efeito, a *Fair Credit Reporting Act* (1970) passou a regular a atuação dos chamados *credit bureaus*, que estavam no mercado norte-americano desde o final do Século XIX, atendendo a inúmeras reclamações acerca dos excessos

cometidos na coleta dos dados: informações excessivamente subjetivas (*v.g.* estilo de vida), incompletas, inexatas e, até mesmo, obtidas de forma ilícita.

Essa lei sofreu modificações em 1996 pela *Consumer Reporting Reform Act* e, em 2003, pela *Fair and Accurate Credit Transactions Act*.

Na Europa, após anos de debates, foi editada pela União Européia a Diretiva n. 46/95, de 24.10.1995, estatuindo o modelo europeu de proteção dos dados pessoais e consagrando a proteção de dados pessoais como integrante dos direitos fundamentais do cidadão.

A característica do sistema europeu, a partir da edição da Diretiva n. 46/95, é uma regulamentação sistematizada e coordenada, disciplinando os mais variados bancos de dados públicos e privados, inclusive os referentes à proteção ao crédito. Além de uma autoridade autônoma, vinculada a União Européia, com poderes de fiscalização e sanção, cada Estado-membro deve também possuir autoridades responsáveis pela fiscalização dos bancos de dados em geral.

Embora os sistemas europeu e norte-americano sejam diferentes, apresentam pontos em comum, lembrados por **Leonardo Roscoe Bessa** (*“Cadastro Positivo: comentários à Lei 12.414/2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 59):

Apesar dessas diferenças estruturais, é possível identificar parâmetros de consenso na definição de alguns direitos e limites no tratamento de dados pessoais. Ambos os modelos estabelecem o direito de acesso às informações pessoais, a possibilidade de se exigir retificação dos dados inexatos, a ideia de que os dados devem ser colhidos e utilizados para finalidades legítimas e previamente identificadas, a exigência de que os dados devem ser verdadeiros, atualizados, objetivos, relevantes, não excessivos. Acrescentem-se, ainda, o princípio de que o tratamento de dados devem observar limites temporais, bem como o princípio da segurança, vale dizer, devem ser adotadas medidas de segurança para impedir o acesso não autorizado aos dados.

(...)

Sem opção explícita por qualquer modelo, os parâmetros indicados foram absorvidos pelo legislador brasileiro, ao menos no que concerne ao tratamento de informações pelos bancos de dados de proteção ao crédito, cuja regulamentação se dá a partir de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e a Lei n. 12.414/2011.

Esse é o contexto em que deve ser situada a regulamentação procedida, em 1990, pelo CDC e, em 2011, pela Lei n. 12.414/2011, denominada de lei do cadastro positivo.

Ressalte-se que o CDC, em seu art. 43, bem como a lei do cadastro positivo não proíbem os arquivos de consumo (cadastros e bancos de dados), estabelecendo apenas normas para o seu controle.

Aliás, os bancos de dados e os cadastros negativos receberam pleno reconhecimento pela jurisprudência do STJ, desde o seu início, merecendo lembrança a referência feita pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior no julgamento do Recurso Especial n. 22.337-RS, “É evidente o benefício que dele decorre em favor da agilidade e da segurança das operações comerciais, assim como não se pode negar ao vendedor o direito de informar-se sobre o crédito do seu cliente na praça, e de repartir com os demais os dados de que dele dispõe”. (p. 25)

Naturalmente, conferindo-se efetividade ao CDC, consolidou-se a jurisprudência do STJ no sentido da necessidade do controle, inclusive com a edição de várias súmulas acerca do tema, lembrando-se exemplificativamente alguns enunciados sumulares:

Súmula n. 323-STJ: A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução.

Súmula n. 359-STJ: Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.

Súmula n. 385-STJ: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

Nos últimos anos, esses cadastros de registros de informações negativas passaram a ser questionados pelo mercado de consumo, pois, sinalizando apenas o mau pagador, não valorizam o bom consumidor, que cumpre corretamente as suas obrigações.

Assim, após vários anos de discussão, foi editada a Lei n. 12.414/2011, conhecida por lei do cadastro positivo.

4) A Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011)

A Lei n. 12.414/2011 foi antecedida da Medida Provisória n. 518, de 30.12.2010, sendo denominada de lei do cadastro positivo por estatuir normas voltadas à “disciplina e consulta a bancos de dados com informações de

adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para a formação de histórico de crédito”.

Na exposição de motivos da Medida Provisória, explicitou-se as seguintes razões para a sua edição:

2. Inicialmente, deve-se destacar que a formação do histórico de crédito de pessoas naturais e jurídicas permite o recebimento e o manuseio pelos bancos de dados não somente de informações de inadimplemento, hoje já permitido e disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor, mas também de adimplemento (informações “positivas”), que não apresentava um marco legal claro para sua utilização. Com a coleta e disseminação de informações sobre adimplemento, as pessoas poderão se beneficiar do registro de pagamentos em dia de suas obrigações, de modo a permitir a construção de seu histórico de crédito. Dessa forma, o mercado de crédito e de varejo poderá diferenciar de forma mais eficiente os bons e os maus pagadores, com a consequente redução do risco de crédito por operação, que permitirá a redução dos custos vinculados à expansão do crédito de uma forma geral.

3. Importa destacar, que a criação do histórico de crédito será particularmente benéfica para os bons pagadores de baixa renda, que em geral são percebidos pelo mercado como de alto risco, e, por isso, pagam as mais altas taxas de juros.

4. Ao disciplinar a formação do histórico de crédito, esta medida provisória estabeleceu regras claras sobre as garantias e os direitos dos cidadãos em relação às suas informações pessoais, de modo a permitir a adequada proteção da privacidade do cidadão e possibilitar o tratamento de dados pessoais sob um patamar de licitude e boa-fé. Os dados pessoais merecem uma tutela importante pelo ordenamento jurídico, pois eles representam a própria pessoa e o seu tratamento influencia diretamente a sua vida, modelando e vinculando a sua privacidade e também as suas oportunidades, escolhas e possibilidades. A sua utilização, portanto, deve ter como fundamento a autodeterminação de cada pessoa em relação à utilização de suas próprias informações, permitindo que o cidadão possa escolher livremente a sua entrada no cadastro, bem como o seu cancelamento.

5. Quanto aos dispositivos desta medida provisória, deve-se destacar que o art. 1º define o escopo da medida e esclarece que os bancos de dados instituídos ou mantidos por pessoas jurídicas de direito público interno, como é o caso do Sistema de Informações de Crédito - SCR, do Banco Central do Brasil - BCB, serão regidos por legislação específica.

6. O art. 2º conceitua os diversos elos que proporcionarão a construção dos bancos de dados com informações de adimplemento, delinea o entendimento sobre o que seria anotação e estabelece a amplitude das informações que poderiam vir a compor o histórico de crédito.

7. Com vistas a eliminar dúvidas quanto à legalidade do fornecimento de informação para composição dos bancos de dados com informações de adimplemento, o *caput* do art. 3º e o § 2º do art. 4º autorizam, respectivamente, os bancos de dados a armazenarem tais informações e as fontes a fornecê-las, desde que respeitadas as condições estabelecidas nesta medida provisória e na sua regulamentação. Já o *caput* do art. 4º condiciona a abertura do cadastro à prévia autorização do potencial cadastrado.

8. Buscando resguardar a privacidade do cadastrado e o uso indevido das informações, o § 1º do art. 3º estipula que as informações armazenadas devem ser objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, e devem se restringir àquelas que sejam entendidas como necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado. Neste mesmo entendimento, o § 3º do art. 3º disciplina que as informações tidas como excessivas ou sensíveis estão proibidas de serem anotadas.

9. O § 1º do art. 4º disciplina que, após a abertura do cadastro, a anotação de informação de adimplemento em bancos de dados independe de autorização e de comunicação ao cadastrado. Destaca-se que este é um ponto de grande importância para a viabilidade da construção dos bancos de dados com histórico de crédito, pois a exigência de autorização ou de comunicação para todas as anotações implicaria assunção de custos operacionais e de logística elevados por parte das empresas formadoras dos bancos de dados.

10. O art. 5º explicita ao cadastrado os seus direitos, como o de:

(i) obter o cancelamento do cadastro quando solicitado;

(ii) acessar gratuitamente, a qualquer tempo, às informações sobre ele existentes nos bancos de dados, inclusive o seu histórico, cabendo ao gestor destes manter sistemas seguros, por meio eletrônico ou telefone, de consulta para informar a existência ou não de cadastro de informação de adimplemento de um respectivo cadastrado aos consulentes;

(iii) solicitar impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter sua imediata correção ou cancelamento e comunicação aos bancos de dados para os quais houve compartilhamento da informação;

(iv) conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

(v) ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento;

(vi) solicitar a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e

(vii) ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

11. Reforçando as garantias dadas ao cadastrado, o art. 6º estabelece obrigações aos gestores dos bancos de dados no fornecimento de informações àquele, com destaque para a cópia de texto contendo sumário dos seus direitos, definidos em lei ou em normas infralegais pertinentes à sua relação com bancos de dados, bem como a lista dos órgãos governamentais aos quais poderá ele recorrer, caso considere que esses direitos foram infringidos.

12. O art. 7º disciplina que as informações constantes do banco de dados somente poderão ser utilizadas para realização de análise de risco de crédito do cadastrado e para subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente. Tais restrições asseguram a não utilização das informações para realização de outros fins que não os disciplinados na norma, como, por exemplo, telemarketing.

13. Para estimular a disseminação e a maior disponibilização de informações no conjunto de banco de dados, o art. 8º permite, desde que expressamente autorizado pelo cadastrado, o compartilhamento e a troca de informações entre os mesmos, bem como atribui a devida responsabilidade aos gestores dos bancos de dados, sejam eles quem anotou originalmente a informação ou não.

14. Para evitar danos à competição no sistema de bancos de dados, o art. 9º veda a exigência de exclusividade no fornecimento de informações ao banco de dados por uma determinada fonte.

15. O art. 10 permite a inclusão de informação sobre o cumprimento das obrigações financeiras relativas aos serviços de prestação continuada de água, esgoto, eletricidade, gás e telecomunicações, vedando-se, entretanto, a anotação de informação de serviço de telefonia móvel. Importa destacar que a possibilidade de registro de tais informações é de suma importância para as pessoas de menor poder aquisitivo, que têm enorme dificuldade de acesso a linhas de crédito, seja pela falta de comprovação de renda regular, seja pela inexistência de bens para oferecimento como garantia. A exclusão das informações sobre telefonia móvel se deve a dois fatores: em primeiro lugar, a relação entre os consumidores e as operadoras é muito instável, havendo comumente a troca de operadora, o que será reforçado com o advento da portabilidade do número; em segundo lugar, a grande maioria dos consumidores se utiliza da modalidade pré-paga, que para fins de formação do histórico de crédito não tem nenhuma utilidade, pois trata-se de uma compra a vista.

16. Dado o volume de informações já detidas pelas instituições financeiras e a importância destas para a construção dos bancos de dados, estipula-se no art. 11 que as mesmas devem fornecer aos bancos de dados indicados as informações relativas ao seu cliente, quando por ele solicitado. Desta forma, respeita-se o sigilo bancário das informações, que só podem ser repassada com autorização do titular das mesmas, e assegura-se a possibilidade de acesso dos bancos de dados a um amplo conjunto de dados já constituído e de grande qualidade.

17. Face a necessidade de maior detalhamento dos temas disciplinados nesta medida provisória, o art. 12 atribui ao Poder Executivo competência para regulamentá-la, em especial quanto ao uso, guarda, escopo e compartilhamento das informações recebidas por bancos de dados, e quanto ao disposto no art. 5º.

18. O art. 13 estipula o prazo de quinze anos para manutenção de informações de adimplemento em banco de dados, o art.14 disciplina o conjunto de bancos de dados que pode ser acessado pelos consulentes e o art. 15 dispõe que o banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado.

19. Por fim, o art. 16 esclarece que nas situações em que o cadastrado for consumidor, caracterizado conforme o Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se as sanções e penas previstas no Código e abre-se a possibilidade de os órgãos de proteção e defesa do consumidor criados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, aplicarem medidas corretivas para determinar a obrigação de fazer aos bancos de dados.

20. Em suma, com este conjunto de medidas, espera-se dotar o País de um arcabouço legal que incentive a troca lícita de informações pertinentes ao crédito e as transações comerciais, reduzindo o problema da assimetria de informações e proporcionando novos meios para redução das taxas de juros e para ampliação das relações comerciais, com a adequada proteção da privacidade das pessoas.

Esses são os motivos, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, pelos quais submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência o anexo projeto de medida provisória.

Fica claro, assim, que uma das principais preocupações da Lei n. 12.414/2011 é a tutela do consumidor em vários aspectos relevantes, inclusive a proteção da sua honra e privacidade.

O mercado adaptou-se ao novo estatuto legal, servindo de exemplo a “Central de Risco do Banco Central”, que passou a se denominar “Sistema de Informações de Crédito do Banco Central” (SCR).

Nesse contexto normativo, deve ser avaliada a licitude do sistema “credit scoring”.

5) Licitude do sistema “credit scoring” e seus limites

A avaliação da licitude do sistema “credit scoring” deve partir da premissa de que não se trata de um cadastro ou banco de dados de consumidores, mas de uma metodologia de cálculo do risco de crédito, utilizando-se de modelos estatísticos e dos dados existentes no mercado acessíveis via “internet”.

Constitui, em síntese, uma fórmula matemática ou uma ferramenta estatística para avaliação do risco de concessão do crédito.

Sua origem é um trabalho elaborado por **David Durand**, em 1941, denominado “Risk Elements in Consumer Installment Financing”, em que foi desenvolvida a técnica estatística de análise discriminante para distinguir os bons e os maus empréstimos, atribuindo-se pesos diferentes para cada uma das variáveis escolhidas para execução do seu método, que foi denominado “credit scoring” (AMORIM NETO, Antônio Alves, e CARMONA, Charles Ulisses de Montreuil. *Modelagem do risco de crédito: um estudo do segmento de pessoas físicas em um banco de varejo*. Programa de Pós-Graduação da UFPE. REAd, ed. 40, vol. 10, n. 4, jul-ago 2004, p. 4).

A partir da década de sessenta, esse sistema de pontuação de crédito passou a ser amplamente utilizado nos EUA nas operações de crédito ao consumidor, especialmente nas concessões de cartão de crédito.

No Brasil, a preocupação com a administração do risco de crédito incrementa-se após 1994, em face do controle da inflação ensejado pelo Plano Real e da ampliação do crédito concedido para pessoas físicas.

A Lei n. 12.414/2011 faz menção expressa aos sistemas de análise do risco de crédito em pelo menos dois momentos:

Art. 5º - São direitos do consumidor cadastrado:

(...)

IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise do risco de crédito, resguardado o segredo empresarial”.

Art. 7º - As informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para:

I - realização de análise de risco de crédito do cadastrado;

Assim, essa nova prática comercial é lícita, mas deve respeitar os princípios basilares do sistema jurídico brasileiro de proteção do consumidor, desenvolvido no sentido da tutela da privacidade e da exigência da máxima transparência nas relações negociais, partindo do Código Civil, passando pelo CDC e chegando-se a Lei n. 12.414/2011.

6) Privacidade:

No aspecto relativo à privacidade, devem ser respeitados os direitos fundamentais previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal (“X - são invioláveis

a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”), com especial destaque para os direitos de personalidade regulamentados pelo Código Civil de 2002 (artigos 11 a 21), estatuinto-se o seguinte:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Adriano de Cupis, em sua obra clássica denominada “Os Direitos da Personalidade”, anota que “a personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto”, acrescentando que os direitos da personalidade são aqueles destinados a dar conteúdo à personalidade humana, como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a vida privada (DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Campinas: Romana, 200, pp. 21 e 23).

Por serem direitos inerentes à própria personalidade, apresentam como características a intransmissibilidade, a indisponibilidade e a irrenunciabilidade, consoante expresso no art. 11 do CC/2002. Constituem “direitos essenciais”, sem os quais a personalidade restaria uma suscetibilidade completamente irrealizada e sem os quais os demais direitos subjetivos perderiam interesse para o indivíduo, tendo sido qualificados como direitos inatos ou naturais pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Modernamente, os direitos da personalidade passaram a ser regulados, de forma crescente, pelas principais codificações civis europeias, com destaque para os Códigos Civis da Alemanha (§ 12), Itália (arts. 5º a 10) e Portugal, sendo que o CC português de 1966, em seus artigos 70 a 81, conferiu-lhes uma ampla proteção, iniciando-se por uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, *verbis*:

Art. 70º (tutela geral da personalidade): “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a

pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”

Não tendo sido suficiente essa regulamentação no seio das codificações civis para a sua efetiva proteção, como evidenciaram as atrocidades cometidas ao longo da Segunda Guerra Mundial, foram elevados para o patamar constitucional, passando a ser arrolados entre os direitos fundamentais nas principais constituições contemporâneas, com especial destaque para Itália (1947) e Alemanha (1949), que abrem suas cartas constitucionais com a exigência de respeito à dignidade da pessoa.

Paulo Luiz Netto Lôbo (“Danos morais e direito da personalidade”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 2, n. 6, abr./jun. 2001) anota que não devem ser confundidos direitos fundamentais e direitos da personalidade, pois nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, como ocorre com as garantias constitucionais, que não são inatas à pessoa, mas conquistas externas (p. 85).

Capelo de Sousa (CAPELO DE SOUSA, Rabindrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 581), analisando os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, observa que:

A afinidade emerge da parcial sobreposição ao nível da pessoa humana de dois planos jurídico-gnoseológicos: o do direito civil, onde se fundam os direitos da personalidade, e o do direito constitucional, donde irradiam os direitos fundamentais.

E, após distingui-los, conclui:

Logo se concluirá que, embora muitos e diversos direitos de personalidade sejam também direitos fundamentais, nem todos os direitos de personalidade constituem direitos fundamentais e, ao invés, nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade.

No Brasil, a proteção da honra e da privacidade constituem tanto direitos fundamentais contemplados no art. 5º, X, da Constituição Federal, como direitos da personalidade, regulados pelos artigos 11 a 21 do Código Civil.

A preocupação com a proteção da privacidade começa nos EUA o final do Século XIX, obtendo uma sistematização na Alemanha ao longo do Século XX.

Em 1890, em Boston, **Warren e Brandeis** passam a discutir *the right to be let alone* (o direito de ser deixado só ou em paz), em seu artigo *The Right to Privacy* (**WEINGARTNER NETO, Jaime**. *Honra, privacidade e Liberdade de Imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 69.)

A motivação foram os mexericos da imprensa acerca do salão de festas da esposa de Samuel Warren, elegante dama da sociedade, filha de senador e esposa de advogado renomado. Em 1902, a Corte local rejeitou, por maioria de quatro votos a três, a alegação de violação à intimidade. Os fundamentos essenciais para o reconhecimento da *privacy* são a *I Amendment* (liberdade de expressão e de imprensa), *IV Amendment* (proteção das pessoas, domicílio e correspondência contra não razoáveis buscas e intervenções) e *VI Amendment* (devido processo legal).

Apesar da derrota judicial, a tese teve boa recepção pela opinião pública americana e a *privacy* foi acolhida, posteriormente, pelo *Restatement (First) of Torts*, em 1939, elaborado pelo *American Law Institute* (Seção 867 - direito à vida privada).

Na Alemanha, a jurisprudência, especialmente do Tribunal Constitucional Federal, ao longo do Século XX, a partir da Lei Fundamental de Bonn (art. 2.1), desenvolveu a noção de privacidade e intimidade como uma faceta do direito geral de personalidade, tendo como seu fundamento último a própria dignidade da pessoa humana.

Protege-se a liberdade “que assiste a cada pessoa de decidir quem e em que termos pode tomar conhecimento e ter acesso a espaços, eventos ou vivências pertinentes à respectiva área de reserva” (**ANDRADE, Manoel da Costa**. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996).

Tradicionalmente, na jurisprudência alemã, a proteção da vida privada era analisada na perspectiva de três graus ou esferas distintas: intimidade, privacidade e publicidade.

A publicidade é a área de atuação pública de cada pessoa, exposta ao interesse público em geral, e que, conseqüentemente, apresenta livre atuação pelos meios de comunicação em geral.

A privacidade é uma esfera intermediária, cuja proteção é inversamente proporcional ao estatuto social da pessoa; assim, quanto mais pública a pessoa, menor o grau de proteção.

A intimidade é o último e inviolável reduto da liberdade pessoal, que não pode ser devassada por mais pública que seja a pessoa.

Esses graus de proteção da vida privada serviram de referência para a doutrina e para a jurisprudência alemã estabelecerem os limites da liberdade de imprensa, embora recentemente esses conceitos tenham sido revisitados.

Note-se que honra e privacidade, abrangendo esta a vida privada e a intimidade, são bens jurídicos distintos (ANDRADE, Manoel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 105).

Nas ofensas contra a honra, há a imputação de fatos inverídicos ou não verdadeiros contra a pessoa ofendida (calúnia, difamação, injúria).

Nas ofensas contra a privacidade ou a intimidade, os fatos revelados ou devassados são verdadeiros, mas invadem indevidamente uma esfera protegida do indivíduo.

7) Transparência e boa-fé na prestação de informações:

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, ao traçar os princípios reitores da política nacional das relações de consumo, faz expressa referência à transparência (“caput”) e à boa-fé (inciso III), que são complementares entre si.

O princípio da transparência busca estabelecer, na lição de Cláudia Lima Marques, “uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor”. E complementa: “Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade a respeito das relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 286).

Lembra Cláudia Lima Marques que transparência “não deixa de ser um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais (*op. cit.*, p. 343).

O princípio da boa-fé objetiva, devidamente positivado tanto no CDC (art. 4º, III, e art. 51, IV), como no Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422), constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade.

Não deve ser confundido com a boa-fé subjetiva (*guten Glauben*), que é o estado de consciência ou a crença do sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico (*v. g.* posse de boa-fé, adquirente de boa-fé, cônjuge de boa-fé no casamento nulo).

O princípio da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) foi consagrado pelo § 242 do BGB, estabelecendo simplesmente o seguinte:

§ 242. O devedor deve cumprir a prestação tal como exige a boa-fé e os costumes do tráfego social.

A partir dessa cláusula geral de boa-fé, a doutrina alemã desvendou esse novo princípio do sistema de direito privado.

A boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) apresenta-se, em particular, como um modelo ideal de conduta, que se exige de todos os integrantes da relação obrigacional (devedor e credor) na busca do correto adimplemento da obrigação, que é a sua finalidade.

Almeida Costa, após afirmar que a boa-fé objetiva constitui um *standard* de conduta ou um padrão ético-jurídico, esclarece que ela estabelece que “os membros de uma comunidade jurídica devem agir de acordo com a boa-fé, consubstanciando uma exigência de adotarem uma linha de correção e probidade, tanto na constituição das relações entre eles como no desempenho das relações constituídas. E com o duplo sentido dos direitos e dos deveres em que as relações jurídicas se analisam: importa que sejam aqueles exercidos e estes cumpridos de boa-fé. Mais ainda: tanto sob o ângulo positivo de se agir com lealdade, como sob o ângulo negativo de não se agir com deslealdade” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 113 e segs.).

A inexistência, no Código Civil brasileiro de 1916, de cláusula geral semelhante ao § 242 do BGB ou a do art. 227, n. 1, do Código Civil português não impediu que a boa-fé passasse a ser reconhecida em nosso sistema jurídico por constituir um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado.

A jurisprudência já vinha utilizando o princípio da boa-fé objetiva para solução de casos concretos.

A partir do CDC, esse obstáculo foi superado, pois a boa-fé foi consagrada como um dos princípios fundamentais das relações de consumo (art. 4º, III) e como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas (art. 51, IV).

Assim, a partir de 1990, o princípio da boa-fé foi expressamente positivado no sistema de direito privado brasileiro, podendo ser aplicado, com fundamento no art. 4º da LICC, a todos os demais setores.

No Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva foi expressamente contemplado, inserindo-se como expressão, conforme **Miguel Reale**, de sua diretriz ética. Exatamente a exigência ética fez com que, por meio de um modelo aberto, fosse entregue à hermenêutica declarar o significado concreto da boa-fé, cujos ditames devem ser seguidos desde a estipulação de um contrato até o término de sua execução.

Na relação obrigacional, a boa-fé exerce múltiplas funções, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuadas (função interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito).

Em sua função interpretativa, prevista no art. 113 do Código Civil brasileiro de 2002, a boa-fé auxilia no processo de interpretação das cláusulas contratuais. Colabora, dessa forma, para uma análise objetiva das normas estipuladas no pacto.

Na sua função de controle, limita o exercício dos direitos subjetivos, estabelecendo para o credor, ao exercer o seu direito, o dever de ater-se aos limites traçados pela boa-fé, sob pena de uma atuação antijurídica, consoante previsto pelo art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002.

Evita-se, assim, o abuso de direito em todas as fases da relação jurídica obrigacional, orientando a sua exigibilidade (pretensão) ou o seu exercício coativo (ação).

Desenvolveram-se fórmulas, sintetizadas em brocardos latinos, que indicam tratamentos típicos de exercícios inadmissíveis de direitos subjetivos, como a *supressio* (o não-exercício de um direito durante longo tempo poderá ensejar a sua extinção), a *tuo quoque* (aquele que infringiu uma regra de conduta não pode postular que se recrimine em outrem o mesmo comportamento) e a *venire contra factum proprium* (exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior do exercente).

A função integrativa da boa-fé, tendo por fonte o art. 422 do Código Civil brasileiro de 2002, permite a identificação concreta, em face das peculiaridades próprias de cada relação obrigacional, de novos deveres, além daqueles que

nascem diretamente da vontade das partes.

Ao lado dos deveres primários da prestação, surgem os deveres secundários ou acidentais da prestação e, até mesmo, deveres laterais ou acessórios de conduta. Enquanto os deveres secundários vinculam-se ao correto cumprimento dos deveres principais (*v. g.* dever de conservação da coisa até a tradição), os deveres acessórios ligam-se diretamente ao correto processamento da relação obrigacional (*v. g.* deveres de cooperação, de informação, de sigilo, de cuidado).

O dever de informação constitui consectário da função integrativa da boa-fé objetiva, tendo assumido cada vez maior importância em nossa sociedade de consumo massificada.

A impessoalização das relações de consumo, envolvendo, de um lado, um fornecedor profissional e, de outro lado, um consumidor anônimo, exigem o máximo de transparência, sinceridade e lealdade entre as partes.

Assim, a informação constitui um direito básico do consumidor, que tem sua matriz no princípio da boa-fé objetiva.

O *marketing* agressivo e impessoal é utilizado apenas como elemento de persuasão do consumidor à aquisição de determinado produto ou serviço. Ressaltam-se os seus aspectos positivos, relacionados à sua utilidade e conforto, esquecendo-se o fornecedor de efetivamente informar os consumidores acerca da sua correta utilização e dos riscos por eles ensejados pelos produtos e serviços ofertados. Frequentemente, o consumidor deixa de ser alertado para os perigos oferecidos pelo produto adquirido.

Por isso, a Carta de Proteção do Consumidor, elaborada pelo Conselho da Comunidade Européia, em 17.5.1973, elencou a informação como um dos direitos básicos do consumidor.

Em 16.4.1985, a Assembléia Geral das Nações Unidas expediu a Resolução n. 30/248, que, entre as diretivas para proteção ao consumidor, estabelece a necessidade de amplo acesso a informação.

Em 1990, o CDC, seguindo a mesma linha, elencou, entre os direitos básicos do consumidor, “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, III).

No Brasil, como país em vias de desenvolvimento, a necessidade de prestação de informações claras pelos fornecedores assume um relevo especial,

em face do grande número de pessoas analfabetas ou com baixo nível de instrução inseridas no mercado de consumo.

As informações devem ser prestadas em linguagem de fácil compreensão, enfatizando-se, de forma especial, as advertências em torno de situações de maior risco.

A legislação do consumidor, acompanhando a tendência moderna do direito privado, acolheu amplamente o dever de informação do fornecedor em vários momentos (art. 4º, IV, art. 6º, III, art. 8º, art. 12, art. 14, art. 18, art. 20, art. 31, art. 43, art. 46).

Enfim, o consumidor deve ser informado clara e objetivamente acerca de todos os aspectos atinentes à relação contratual desde o período pré-negocial, incluindo dever de máxima transparência dos arquivos de consumo.

8) Privacidade e transparência nos arquivos de consumo

O CDC e a Lei n. 12.414/2011 tiveram clara preocupação em proteger a privacidade do consumidor e assegurar o máximo de transparência nos arquivos de consumo em geral.

O CDC, em seu art. 43, ao regular os arquivos de consumo, deixou expresso:

- a) direito de acesso do consumidor às informações existentes sobre ele nesses cadastros e bancos de dados, além das respectivas fontes;
- b) dever de clareza dos arquivos;
- c) direito de retificação de informações incorretas;
- d) fixação de uma vida útil para essas informações (cinco anos).

Na mesma linha, a lei do cadastro positivo regulamentou a matéria, merecendo lembrança os principais deveres textualmente estabelecidos na Lei n. 12.414/2011, em seu art. 3º, *verbis*:

Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado.

§ 2º Para os fins do disposto no § 1º, consideram-se informações:

- I - objetivas: aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor;
- II - claras: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica;
- III - verdadeiras: aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação nos termos desta Lei; e
- IV - de fácil compreensão: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados.

§ 3º Ficam proibidas as anotações de:

- I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e
- II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

Essas limitações previstas na lei do cadastro positivo podem ser sintetizadas em cinco deveres a serem cumpridos pelo fornecedor do serviço:

- a) dever de veracidade;
- b) dever de clareza;
- c) dever de objetividade;
- d) vedação de informações excessivas;
- e) vedação de informações sensíveis.

Merecem especial destaque as informações proibidas, que são as qualificadas como excessivas e sensíveis.

Leonardo Roscoe Bessa explica a vedação às informações excessivas nos seguintes termos (*op. cit.* P. 93-94):

A Lei n. 12.414/2011 veda o tratamento de informações excessivas. Se pode ser verdadeiro que, sob a ótica econômica, quanto mais informações melhor pe a avaliação de crédito (*more is better*), para o direito, para proteção jurídica da privacidade, é fundamental restringir, tanto no tempo, como na qualidade e quantidade, as informações que circulam pelos bancos de dados de proteção ao crédito.

A primeira forma de limitar a qualidade da informação que circula em arquivos de consumo é exigir que ela esteja vinculada ao propósito específico do banco de dados. Os dados coletados devem ser visivelmente úteis para os objetivos

específicos do arquivo. Se não atenderem a esse pressuposto, a coleta e o tratamento da informação devem ser considerados ilegais, ilegítimos e ofensivos à privacidade (art. 5º, X, da CF).

A redação do inc. I do § 3º atende justamente a essa preocupação, pois consideram-se informações excessivas “aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor”.

Antes mesmo da edição da Lei n. 12.414/2011, era possível sustentar, em razão do núcleo essencial do direito à privacidade (art. 5º, X, da CF), que o tratamento de informações excessivas ou desvinculadas das finalidades específicas dos arquivos de consumo seria inconstitucional. O dispositivo comentado positiva tal entendimento.

De fato, para conferir significado mínimo à inviolabilidade da privacidade, prevista tanto na Constituição Federal (art. 5º, X) como no Código Civil (art. 21), há que ser estabelecidas restrições positivas. Não se cuida de desconsiderar a possibilidade de restrição ou conformação de direito fundamental, mas do cuidado em preservar o núcleo essencial do direito. É imprescindível, no âmbito da moderna concepção de proteção de dados, limitar tanto o conteúdo como a quantidade de informação que é tratada pelas entidades de proteção ao crédito.

A vedação de utilização de dados sensíveis busca evitar a utilização discriminatória da informação, conforme claramente definido pelo legislador como aqueles “pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.”

Desse modo, no sistema jurídico brasileiro, encontram-se devidamente regulados tanto o dever de respeito à privacidade do consumidor (*v.g.* informações excessivas e sensíveis), como o dever de transparência nessas relações com o mercado de consumo (*v.g.* deveres de clareza, objetividade e veracidade).

Além disso, devem ser respeitadas as limitações temporais para as informações a serem consideradas, estabelecidas pelo CDC e pela Lei n. 12.414/2011, que são de cinco anos para os registros negativos (CDC) e de quinze anos para o histórico de crédito (Lei n. 12.414/2011, art. 14).

No caso específico do “credit scoring”, devem ser fornecidas ao consumidor informações claras, precisas e pormenorizadas acerca dos dados considerados e as respectivas fontes para atribuição da nota (histórico de crédito), como expressamente previsto no CDC e na Lei n. 12.414/2011.

O fato de se tratar de uma metodologia de cálculo do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, que busca informações em cadastros

e bancos de dados disponíveis no mercado digital, não afasta o dever de cumprimento desses deveres básicos, devendo-se apenas ressaltar dois aspectos:

De um lado, a metodologia em si de cálculo da nota de risco de crédito (“credit scoring”) constitui segredo da atividade empresarial, cujas fórmulas matemáticas e modelos estatísticos naturalmente não precisam ser divulgadas (art. 5º, IV, da Lei 12.414/2011: (...) “resguardado o segredo empresarial”).

De outro lado, não se pode exigir o prévio e expresso consentimento do consumidor avaliado, pois não constitui um cadastro ou banco de dados, mas um modelo estatístico.

Com isso, não se aplica a exigência de obtenção de consentimento prévio e expresso do consumidor consultado (art. 4º).

Isso não libera, porém, o cumprimento dos demais deveres estabelecidos pelo CDC e pela lei do cadastro positivo, inclusive a indicação das fontes dos dados considerados na avaliação estatística, como, aliás, está expresso no art. 5º, IV, da própria Lei n. 12.414/2011 (“São direitos do consumidor cadastrado (...) conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise do risco de crédito, resguardado o segredo empresarial”).

Assim, essas informações, quando solicitadas, devem ser prestadas ao consumidor avaliado, com a indicação clara e precisa dos bancos de dados utilizados (histórico de crédito), para que ele possa exercer um controle acerca da veracidade dos dados existentes sobre a sua pessoa, inclusive para poder retificá-los ou melhorar a sua performance no mercado.

Devem ser prestadas também as informações pessoais do consumidor avaliado que foram consideradas para que ele possa exercer o seu direito de controle acerca das informações excessivas ou sensíveis, que foram expressamente vedadas pelo art. 3º, § 3º, I e II, da própria Lei n. 12.414/2011.

Não podem ser valoradas pelo fornecedor do serviço de “credit scoring” *informações sensíveis*, como as relativas à cor, à opção sexual ou à orientação religiosa do consumidor avaliado, *ou excessivas*, como as referentes a gostos pessoais, clube de futebol de que é torcedor etc.

Caracterizado abuso de direito pela utilização de informações sensíveis, excessivas, incorretas ou desatualizadas, a responsabilidade civil pelos danos materiais e morais causados ao consumidor consultado será objetiva e solidária do fornecedor do serviço de “credit scoring”, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 2º da lei do cadastro positivo), nos termos do art. 16 da Lei n. 12.414/2011, *verbis*:

Art. 16. O banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado.

Enfim, devem ser respeitados os limites traçados pela legislação brasileira, especialmente pelo CDC e pela Lei n. 12.414/2011, no sentido da proteção da privacidade do consumidor consultado e da máxima transparência na avaliação do risco de crédito, sob pena de caracterização de abuso de direito com eventual ocorrência de danos morais.

9) Dano moral

A última questão a ser enfrentada diz com o reconhecimento da ocorrência de dano moral nos casos de excesso na utilização do sistema.

Não há dúvida que o desrespeito à regulamentação legal do sistema “credit scoring”, por constituir abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a ocorrência de danos morais.

A simples circunstância, porém, de se atribuir uma nota insatisfatória a uma pessoa não acarreta, por si só, um dano moral, devendo-se apenas oportunizar ao consumidor informações claras acerca dos dados utilizados nesse cálculo estatístico.

Entretanto, se a nota atribuída ao risco de crédito decorrer da consideração de informações excessivas ou sensíveis, violando sua honra e privacidade, haverá dano moral “in re ipsa”.

No mais, para a caracterização de um dano extrapatrimonial, há necessidade de comprovação de uma efetiva recusa de crédito, com base em uma nota de crédito baixa por ter sido fundada em dados incorretos ou desatualizados.

10) Teses sugeridas:

1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).

2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).

3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.

4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

11) Análise do Recurso Especial n. 1.419.697-RS:

No recurso especial interposto pelo Banco Boa Vista, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, a recorrente apontou violação aos seguintes dispositivos legais:

(I) art. 535, II, do CPC, porquanto o acórdão recorrido teria deixado de enfrentar pontos omissos relevantes para o deslinde da causa;

(II) art. 267, VI, do CPC, pois a recorrente seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, visto que (i) não possui qualquer ingerência sobre a tomada de decisões nos estabelecimentos comerciais para os quais presta serviços consultivos, não tendo influência sobre a concessão ou não de crédito por determinadas empresas; (ii) o seu serviço consiste em compilar dados cadastrais disponibilizados publicamente com cadastros de inadimplência para que o comerciante decida se concede ou não crédito ao consumidor;

(III) art. 333, II, do CPC, pois (i) restou comprovado que não é responsável pela negativação do crédito do consumidor, mas sim, o concedente do crédito, destinatário dos seus serviços; (ii) o SCPC SCORE CRÉDITO não possui qualquer relação com o cadastro positivo (consagrado pela Lei n. 12.414/2001), visto que não utiliza informações positivas dos consumidores; (iii) adota parâmetros similares aos de seguradoras de veículos, fornecendo dados estatísticos, baseados em critérios objetivos e de ciência de todos os envolvidos; (iv) não é possível falar na ocorrência de dano “in re ipsa”.

Passo ao exame do próprio recurso especial, iniciando pela análise da preliminar de ofensa ao art. 535 do CPC, que, adiantado, não merece acolhida.

Com efeito, apresenta-se deficiente a fundamentação do recurso especial na parte em que alega ofensa ao art. 535 do CPC se faz de forma genérica, não havendo a demonstração clara dos pontos do acórdão que se apresentam omissos, contraditórios ou obscuros.

Aplica-se, assim, o óbice da Súmula n. 284-STF.

Nesse sentido, merecem lembrança os seguintes precedentes do STJ: AgRg no Ag n. 1.130.264-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), DJe de 1º.7.2011; REsp n. 1.253.231-SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 3.11.2011; REsp n. 1.268.469-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 27.2.2012; e REsp n. 1.190.865-MG, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 1º.3.2012.

Rejeita-se, assim, a preliminar de violação ao art. 535 do CPC.

Passo ao exame do mérito.

Não merecem acolhida as alegações de ofensa ao art. 267, VI, e 333, II, do CPC, em face das conclusões estabelecidas na primeira parte do voto acerca da natureza do sistema “scoring”.

Merece acolhida a alegação de inoccorrência de dano “in re ipsa” se não houver prova da negatificação do crédito do consumidor consultado, conforme já aludido na primeira parte do voto, no sentido de que “o desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), (...) pode ensejar a ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.”

No caso, não tendo sido afirmada pelas instâncias ordinárias a comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não é possível o reconhecimento da ocorrência de dano moral.

Assim, deve-se reconhecer a violação pelo acórdão recorrido, nesse tópico, do disposto no art. 333, II, do CPC, provendo-se o recurso especial para julgar improcedente a demanda indenizatória, com inversão dos encargos sucumbenciais, ressalvada a concessão na origem do benefício da assistência judiciária gratuita.

12) Conclusão

Ante o exposto, após não conhecer do agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso

representativo de controvérsia, *voto no sentido do parcial provimento do recurso especial para julgar improcedente a demanda indenizatória*, com inversão dos encargos sucumbenciais, ressalvada a concessão na origem do benefício da assistência judiciária gratuita.

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Bruno Miragem¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORADAS NO ACÓRDÃO

Novas utilizações de bancos de dados formados a partir da coleta de informações pessoais e negociais de consumidores desafiam a disciplina legal originária do Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 43 estabeleceu os direitos e deveres fundamentais em relação à inclusão, correção, retificação e exclusão das informações arquivadas. Neste particular, registre-se que uma das características da interpretação e aplicação das normas de proteção do consumidor é, justamente, a contínua transformação das relações econômicas, aliás reconhecida como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo, prevista no art. 4º, VIII que propugna o “estudo constante das modificações do mercado de consumo”.

O CDC, ao regular os bancos de dados e cadastros de fornecedores, admitiu sua existência como prática reconhecida do mercado de consumo, estabelecendo os critérios e limites segundo os quais podem ser desenvolvidos e utilizados.² Todavia, o fez em atenção à preocupação internacional que desde algum tempo dirige-se à privacidade dos dados pessoais dos consumidores.³

¹ Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON. Advogado.

² MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor, 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 305.

³ Veja-se a respeito: SAMPAIO, José Adércio Leite. O direito à intimidade e à vida privada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 481; BESSA. O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito. São Paulo: RT, 2003, p. 133 et seq. SILVEIRA, Paulo Caliendo Velloso da. A proteção de dados no direito comparado. Revista da Ajuris, v. 71, p. 302-343. Porto Alegre: AJURIS, nov. 1997.

Anteriormente ao CDC, e servindo-lhe de inspiração,⁴ mencione-se o *Fair Credit Reporting Act*, vigente nos Estados Unidos desde a década de 1970, no âmbito de legislação mais ampla de proteção do consumidor de crédito (*Consumer Credit Protection Act*).⁵ Após a vigência do CDC, a larga repercussão que alcança a Diretiva 95/46, da União Europeia, para proteção dos indivíduos em relação ao tratamento e movimento de dados pessoais, ao tempo em que reconhece a licitude da coleta de informações (artigo 6º), estabelece uma série de deveres para quem se proponha a tal atividade, dentre os quais assegurar a exatidão e atualidade dos dados, o acesso do titular das informações coletadas, com a possibilidade de ser informado sobre o conteúdo destas informações, assim como o direito a eventual retificação. Da mesma forma, estabelece uma proteção especial mais intensa, aos chamados *dados sensíveis*, quais sejam, os que digam respeito à origem étnica ou racial, orientação sexual, estado de saúde, assim como as convicções políticas, religiosas ou filosóficas do titular das informações (artigo 8º).

No direito brasileiro, a proteção do sigilo de informações está assegurada na Constituição da República, sob o resguardo do direito à intimidade e à privacidade pessoal. Neste sentido, as normas do CDC sobre bancos de dados e cadastros de consumidores, ao mesmo tempo em que realizam o mandamento constitucional de defesa do consumidor, servem, de modo específico, à proteção da intimidade e privacidade dos consumidores.

Dentre estas novas utilizações possíveis destacou-se como forma de avaliação de crédito dos consumidores, o sistema de pontuação (ou *scoring*) de crédito – *crediscore*. E é este o tema objeto do Recurso Especial 1.419.697/RS, de relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Registre-se que o caso em questão foi o primeiro para o qual o Tribunal se utilizou do moderno instituto processual da audiência pública, de modo a ampliar o conhecimento da Corte sobre os aspectos técnicos que desafiavam a qualificação dos fatos objeto da demanda. É digna de registro, neste sentido, a introdução do voto do Ministro-Relator, mencionando que: “este é um daqueles processos em cujo julgamento parte-se praticamente do “zero”, pois não tinha uma noção clara acerca do que seria o chamado “credit scoring”, ou simplesmente “credscore” (...) Após a

4. BENJAMIN. O Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 400.

5. Para detalhes, veja-se EFING. Bancos de dados e cadastros de consumidores. São Paulo: RT, 2002, p. 96 *et seq.*

afetação do primeiro recurso especial, em face da provocação feita pelo NURER (Núcleo de Recursos Repetitivos e Repercussão Geral) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, informando a existência de cerca de oitenta mil recursos a respeito desse tema, passei a receber advogados das partes interessadas em meu gabinete. Nessas audiências, constatei que havia uma grande celeuma acerca da própria natureza do sistema “score” e do regime jurídico aplicável por se tratar de um tema novo no cenário jurídico. Por isso, após determinar a subida de um segundo recurso especial (ação coletiva de consumo movida pelo Ministério Público) sobre o mesmo tema, decidi realizar a audiência pública no mês de agosto, cujas notas taquigráficas foram anexadas aos autos eletrônicos. Ressalto que a audiência pública foi extremamente importante na formação do meu convencimento acerca das principais questões controvertidas a serem dirimidas para solução da controvérsia posta no presente processo.”

Situe-se a discussão. Não se debate, no tocante ao uso do sistema de pontuação de crédito, propriamente o direito do consumidor de acesso ao crédito ou a restrição a sua concessão. A técnica e prudência na concessão do crédito preservam-se no âmbito da autonomia privada do fornecedor e resultam do cuidado ordinário que toda pessoa, no exercício profissional ou não de sua atividade, deva ter em relação ao seu patrimônio. O que se coloca em relevo é o modelo de tomada de decisão, baseado na utilização de informações pessoais do consumidor. Em especial, submetendo a teste se o conteúdo destas informações tangencia ou não o espaço de proteção da privacidade e da honra pessoal⁶, e ainda a possibilidade de conhecimento sobre os critérios utilizados para a formação do juízo de conveniência para a concessão do crédito.

A questão central debatida no acórdão é justamente a própria definição do que se trata o *crediscore*, a partir do que se verificam outras implicações. As perguntas, afinal, seriam essencialmente três. Primeiro, o sistema de *crediscore* constituir-se-ia em um banco de dados, ou se trata de uma utilização segundo certa técnica (método), relativo a banco de dados já existente? Segundo, em relação a esta utilização, quais deveres são imputáveis ao gestor do banco de dados, em especial no tocante às informações que servem a finalidade de determinação de uma certa pontuação para o consumidor interessado na contratação de crédito? E terceiro, naturalmente, se os consumidores a quem

⁶ Lembre-se que, segundo Capelo de Sousa, a honra abarca tanto os atributos (os quais prefere referir como valores) individuais “emergentes da sua mera pertença ao gênero humano, até aqueles que cada indivíduo vai adquirindo através do seu esforço pessoal.” CAPELO DE SOUSA O direito geral de personalidade, p. 301.

estas informações dizem respeito, devem ser notificados previamente desta utilização, e não o sendo, se o uso não autorizado gera *per se* danos morais?

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Foram cinco as teses fixadas no acórdão, para efeito da consolidação do entendimento da Corte sobre o tema, em vista da sistemática de decisão dos denominados recursos repetitivos (art. 543-C, do Código de Processo Civil):

“1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).

2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).

3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.

4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.”

O primeiro aspecto a ser destacado diz respeito à qualificação do sistema *crediscore* como um método de utilização de banco de dados, e não como um novo banco de dados com informações sobre consumidores. Trata-se de aspecto decisivo do exame da questão. Note-se que as informações arquivadas em bancos

de dados, podem ou não ter um valor em si para determinar certa interpretação sobre qualidades, perfil ou capacidade de pagamento do consumidor. Contudo, o modo de sua utilização amplia sensivelmente a utilidade, em vista das finalidades pretendidas pelos gestores dos bancos de dados. No caso, administram sistemas de *crediscare*, entidades privadas que são gestoras de bancos de dados constituídos regularmente, sejam restritivos de crédito, ou de histórico de crédito e informações de adimplemento. Em relação aos primeiros, pressupõe-se sua constituição regular, ou seja, que previamente ao arquivamento das informações do consumidor tenha havido notificação do titular a quem se impute a inadimplência. E em relação aos segundos, disciplinados pela Lei 12.414/2011, que tenha havido consentimento prévio do consumidor sobre a coleta e arquivamento das informações.

Neste sentido, um primeiro entendimento da jurisprudência estadual – em especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de onde se origina o caso decidido pelo STJ – orientou-se pela abusividade e ilicitude per se da utilização do *crediscare*, considerando que esta se dava a partir das informações de consumidores com a finalidade de analisar o risco de crédito, sem que aqueles a quem dizia respeito tais informações, pudessem ter acesso à causa de eventual negativa de crédito e bem como os próprios dados pessoais constantes do cadastro. Destacavam, igualmente estas decisões, o risco de utilização de informações proibidas como aquelas de que trata o artigo 39, VII, do CDC, ao definir como prática abusiva, proibida ao fornecedor: “repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos”. E, no mesmo sentido, a violação dos artigos 43, *caput* e §§ 1º e 3º, do CDC, no tocante à temporalidade e possibilidade de retificação das informações. Segundo as decisões judiciais apontadas, em geral de sólida fundamentação, o sistema em questão suprimia a possibilidade de acesso do consumidor às informações constantes do banco de dados,⁷ uma vez que eram sistemas que atuavam na concessão de uma nota ao requerente do crédito, sem especificar os fatores determinantes na sua atribuição.

Contudo, entendeu o STJ a partir da segunda tese fixada pelo acórdão, que o *crediscare* disciplina-se pelas regras relativas a bancos de dados com informações positivas, de que trata a Lei 12.414/2011. Neste particular, mencione-se que são

⁷ Assim, por exemplo, as seguintes apelações julgadas pelo TJRS: ApCiv 70041827379, 10ª Câm. Civ., j. 07.04.2011, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz; ApCiv 70037245461, 9ª Câm. Civ., j. 01.11.2011, rel. Roberto Carvalho Fraga; e ApCiv 70044482248, 10ª Câm. Civ., j. 29.09.2011, rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana.

duas as espécies de bancos de dados com previsão legal expressa na legislação brasileira, e estruturados habitualmente no mercado de consumo. Primeiro os que arquivam e mantêm informações do comportamento de consumo, que em razão do seu conteúdo deem causa à impressão geral negativa ou o desabonem, perante outros fornecedores, para futuras contratações. São *bancos de dados restritivos*, cujo acesso da informação pelo fornecedor, em geral impede ou condiciona o acesso do consumidor ao crédito para o consumo (é do que trata, preecipuamente, o art. 43 do CDC). Segundo, os *bancos de dados de informações positivas*, compostos de informações que atestam, em geral, o bom comportamento dos consumidores na realização de seus negócios de consumo, como a habitualidade do pagamento regular de suas obrigações, seu nível de comprometimento, dentre outros dados relevantes. É disciplinado pela Lei 12.414/2011. A finalidade principal da manutenção e acesso dos fornecedores em bancos de dados de informações positivas diz respeito a uma redução dos riscos de inadimplemento.⁸

Mencionou, o acórdão, expressamente, os arts. 5º, IV, e 7º, I, da Lei n. 12.414/2011. O art. 5º, IV, da Lei 12.414/2011, define dentre os direitos do titular das informações organizadas em banco de dados de histórico de crédito e informações de adimplemento, “conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial”. Por outro lado, o art. 7º, I, da mesma lei, ao definir a finalidade da utilização das informações arquivadas, estabelece que as informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para: realização de análise de risco de crédito do cadastrado. Trata-se, indiscutivelmente, de uma estratégia argumentativa sofisticada e útil à proteção do direito dos consumidores titulares de informações arquivadas, de modo a compatibilizar com o direito brasileiro uma técnica de análise de crédito consagrada em diversos países. Uma dificuldade deste argumento, contudo, diz respeito ao fato de que, por não se tratar de banco de dados, mas método sobre banco de dados, a rigor poderia contrapor-se a este entendimento a tese de que não se aplicam, ao *crediscore*, os direitos e deveres relativos aos bancos de dados de que tratam a Lei 12.414/2011. Ou, por outro lado, se aplicáveis seus efeitos, se poderia exigir também que a autorização prévia para uso, coleta e arquivamento dos dados (art. 4º da mesma lei) fosse exigível. A tese nº 4, fixada no acórdão, contudo, expressamente dispensa o consentimento do consumidor consultado, preservando, contudo, o direito

⁸ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 313.

de acesso a esclarecimentos quanto à origem (fontes) dos dados tomados em consideração, para efeito de avaliação do histórico de crédito, assim como as informações pessoais valoradas.

Esta solução parece compatibilizar a utilização do sistema *crediscore* e a necessária proteção do direito de acesso do consumidor às informações utilizadas, evitando tanto a utilização de informações excessivas (que ofendam a privacidade ou a honra do consumidor), como também hipóteses de utilizações proibidas, como é o caso daquela a que se refere o art. 39, VII, do CDC, assim como a utilização discriminatória proibida, inclusive, em vista da violação de direitos fundamentais. Conforme ensina Adriano de Cupis, “a reputação da pessoa no campo econômico permite à mesma conseguir bens patrimoniais. A coesão entre aquele bem e este é muito íntima, mas isto não elimina a necessidade de distinção.”⁹

A gestão dos dados pessoais dos consumidores, sejam para formação de juízos positivos ou negativos sobre seu comportamento negocial, não prescinde do amplo acesso às informações registradas, bem como a possibilidade efetiva, e sem ônus, da sua retificação. Neste sentido, considerando que a manutenção dos bancos de dados de consumo atende precipuamente os interesses dos fornecedores, com vista à diminuição dos riscos de sua atividade negocial, (sobretudo quando relativos ao arquivo de informações restritivas de crédito), eventual acesso, retificação ou exclusão dos dados do consumidor não pode ser condicionado ao pagamento de quaisquer valores. Isso resulta assegurado no entendimento consagrado pela decisão do Recurso Especial 1.419.697/RS.

As teses nº 3 e 4 fixadas no acórdão por sua vez, estabelecem os deveres/limites do exercício da atividade consistente na utilização do sistema *crediscore*. A tese nº 3, expressa a necessidade de respeito aos limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor “no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.” Isso, a rigor, reconhece a incidência das regras de proteção do consumidor que definem o direito de acesso, correção e retificação das informações tornadas disponíveis e/ou utilizadas para a formação da pontuação atribuída ao consumidor, inclusive no tocante aos critérios utilizados.

A violação destes deveres definidos na legislação, então, é que, conforme a tese nº 4 consagrada no acórdão, vai determinar a existência de abuso do direito

⁹ DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 128. No mesmo sentido: IGLESIAS, Sérgio. Responsabilidade civil por danos à personalidade. Barueri: Manole, 2002, p. 50.

e dar causa à responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do gestor do banco de dados, da fonte e do consulente, pela ocorrência de danos morais no caso de informações excessivas ou sensíveis, ou ainda, pela recusa indevida do crédito, em razão do uso de dados incorretos ou desatualizados. Há correta preocupação da decisão em delimitar, tanto os deveres do gestor do banco de dados e demais pessoas que dele se utilizam, quanto as hipóteses de violação destes deveres, que dão causa a danos morais para os consumidores cujas informações sejam utilizadas de modo indevido.

A recondução que se faz ao exercício abusivo de direito, de sua vez, merece destaque, especialmente, por também se utilizar dos limites genéricos indicados no artigo 187 do Código Civil como pautas de atuação dos fornecedores no caso (fins econômicos ou sociais, boa-fé e bons costumes). Da mesma forma, registre-se o balizamento deste exercício, a partir das informações de utilização proibida a que se refere o art. 3º, §3º, I e II, da Lei 12.414/2011. Trata-se das informações excessivas “assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor”, e das informações sensíveis, “aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.” Esta proibição, tanto preserva a finalidade de utilização das informações, em vista do objetivo de análise do risco de crédito, quanto visa a impedir a discriminação ilícita de consumidores. Por outro lado, a recusa do crédito será considerada indevida, quando baseada no uso de dados incorretos ou desatualizados. Em verdade se vai um pouco além. A recusa indevida terá lugar quando resultar de informações incorretas, como também de informações indevidas (excessivas ou sensíveis), podendo-se, ainda, questionar sobre os critérios de uso e associação das informações entre si, e os resultados obtidos das análises.

Ou seja, fixa o acórdão, com precisão, duas hipóteses em que a utilização do sistema de pontuação de crédito poderá dar origem a dano. A primeira, quando se utilizar de informações proibidas, excessivas ou sensíveis, dá causa a dano *in re ipsa*. A segunda, quando houver recusa indevida de crédito em razão da utilização de informações incorretas ou desatualizadas pelo sistema, hipótese que exige demonstração dos fatos que justifiquem a identificação do dano.

Poderá haver lesão a atributos da personalidade do consumidor e, nestes termos, origem a dano moral indenizável¹⁰, mediante responsabilização objetiva de todos os agentes econômicos envolvidos com a coleta, armazenamento,

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 522.

organização, avaliação e consulta das informações. Não restringe a decisão, da mesma forma, a possibilidade de inversão do ônus da prova no tocante à adequação dos critérios, ou ainda, sobre a possibilidade de acesso do consumidor a suas informações. O que faz é fixar parâmetros para a análise *in concreto* acerca do respeito ou não a direitos do consumidor e suas consequências.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão no Recurso Especial 1.419.697/RS deu causa à edição, pelo STJ, da Súmula 550 na qual é definido: “A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.”

É possível perceber, tanto do conteúdo da decisão do caso, quanto da súmula, a elogiável prudência com a qual se posicionou a Corte, frente a um novo modelo de utilização de informações de consumidores. Para tanto, considerou os riscos de afetação a direitos assegurados em lei, e ao mesmo tempo, devendo compatibilizar o conteúdo da proteção legal e a legítima atividade de análise de risco de crédito, útil instrumento de segurança da atividade negocial. A interpretação possível em relação ao tema, ao qualificá-lo como método de análise de informações – e não espécie própria de banco de dados – localiza os deveres do gestor do banco de dados e demais usuários do sistema de pontuação de crédito na Lei 12.414/2011 – sobre banco de dados sobre histórico de crédito e informações de adimplemento (denominado “cadastro positivo”). Portanto, os requisitos para coleta e arquivamento de informações, assim como de sua temporalidade, seguem sendo os da legislação existente, seja o art. 43 do CDC ou a disciplina da Lei 12.414/2011, conforme o caso.

Sem prejuízo de dificuldades que esta interpretação possa enfrentar, em vista da exigência de coerência sistêmica com outras exigências da mesma lei que, a princípio, são dispensadas – caso, sobretudo, do consentimento expresso do titular para inclusão e utilização das informações – trata-se de solução judicial ponderada, que reconhece a licitude da prática, sem descuidar de direitos básicos do consumidor. Em especial, os relativos à proteção de dados pessoais, e à reparabilidade dos danos causados pelo exercício abusivo liberdade de organização e uso das informações arquivadas no interesse da segurança dos negócios no mercado de consumo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BESSA. *O consumidor e os limites dos bancos de dados* de proteção ao crédito. São Paulo: RT, 2003.

CAPELO DE SOUSA, Raibindrath. O direito geral de personalidade. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

EFING. *Bancos de dados e cadastros* de consumidores. São Paulo: RT, 2002.

IGLESIAS, Sérgio. Responsabilidade civil por danos à personalidade. Barueri: Manole, 2002.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor, 5ª ed. São Paulo: RT, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVEIRA, Paulo Caliendo Velloso da. A proteção de dados no direito comparado. *Revista da Ajuris*, v. 71, p. 302-343. Porto Alegre: AJURIS, nov. 1997.



3. Contratos

3.1. Contrato Bancário

RECURSO ESPECIAL N. 656.932-SP (2004/0011451-0)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Recorrente: Banco Boavista Interatlântico S/A
Advogada: Thaís da Costa
Recorrido: Benedito Ribeiro da Costa e outro
Advogado: Maurício Barbanti Melo e outro(s)

EMENTA

Civil. Recurso especial. Aplicação financeira. Fundo de investimento. Variação cambial ocorrida em 1999. Perda de todo o valor aplicado. Cláusula *stop loss*. Indenização por danos materiais e morais. CDC. Relação de consumo. Descumprimento contratual. Mero dissabor.

1. Por estar caracterizada relação de consumo, incidem as regras do CDC aos contratos relativos a aplicações em fundos de investimento celebrados entre instituições financeiras e seus clientes. Enunciado n. 297 da Súmula do STJ.

2. O risco faz parte do contrato de aplicação em fundos de investimento, podendo a instituição financeira, entretanto, criar mecanismos ou oferecer garantias próprias para reduzir ou afastar a possibilidade de prejuízos decorrentes das variações observadas no mercado financeiro.

3. Embora nem a sentença nem o acórdão esmiucem, em seus respectivos textos, os contratos de investimento celebrados, ficou suficientemente claro ter sido pactuado o mecanismo *stop loss*, o qual, conforme o próprio nome indica, fixa o ponto de encerramento de uma operação com o propósito de “parar” ou até de evitar determinada “perda”. Do não acionamento do referido mecanismo pela instituição

financeira na forma contratada, segundo as instâncias ordinárias, é que teria havido o prejuízo. Alterar tal conclusão é inviável em recurso especial, ante as vedações contidas nos Enunciados n. 5 e 7 da Súmula do STJ.

4. Mesmo que o pacto do *stop loss* refira-se, segundo o recorrente, tão somente a um regime de metas estabelecido no contrato quanto ao limite de perdas, a motivação fático-probatória adotada nas instâncias ordinárias demonstra ter havido, no mínimo, grave defeito na publicidade e nas informações relacionadas aos riscos dos investimentos, induzindo os investidores a erro, o que impõe a responsabilidade civil da instituição financeira. Precedentes.

5. O simples descumprimento contratual, por si, não é capaz de gerar danos morais, sendo necessária a existência de um *plus*, uma consequência fática capaz, essa sim, de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu e deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo (Presidente) e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Danúbia Souto Santos, pela parte recorrente: Banco Boavista Interatlântico S/A

Dr(a). Maurício Barbanti Melo, pela parte recorrida: Benedito Ribeiro da Costa

Brasília (DF), 24 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se, na origem, de “ação de cobrança cumulada com indenização” proposta por *Benedito Ribeiro da Costa* e por seu filho *Décio Ribeiro da Costa* contra *Banco Boavista Interatlântico*

S.A., narrando que “o primeiro Autor (Benedito) amealhou ao longo dos anos um capital equivalente a R\$ 805.253,62, enquanto que o segundo Autor (Décio) conseguiu poupar, até 12 de janeiro de 1999, a quantia aproximada de R\$ 141.584,45” (fl. 3), tendo procurado a ré para aplicar o referido capital, acrescentando, *in verbis*:

5. Assim, a gerente do “Boavista” (agência Conjunto Nacional), recomendou a aplicação nos fundos de investimentos do Banco como opção mais rentável, sugerindo que os valores fossem divididos em três fundos de derivativos (“Hege 60”, “Master 60” e “Derivativos 60”), assegurando (verbalmente e através de material propagandístico – vide docs. 5 a 9), que o grau de risco do “Hedge 60”, tido como agressivo, jamais poderia ultrapassar perda superior a 1 CDI (certificado de depósito interbancário), enquanto que o “Derivativos 60”, também classificado como agressivo, não teria rentabilidade negativa, fazendo crer, destarte, que essas aplicações eram sólidas e seguras, respeitando-se, repita-se, a possibilidade da perda acima mencionada.

6. Quanto ao “Master 60”, classificado como investimento de “perfil moderado”, a promessa veiculada nos materiais de propaganda e pelos próprios funcionários do Banco Réu assegurava que os ganhos seriam de, no mínimo, 0,5% do CDI, ou seja, esse investimento, tal como o “Derivativos 60”, não admitia a rentabilidade negativa, sendo prometido, ainda, que todas essas aplicações poderiam ser resgatadas no mesmo dia do pedido da baixa (D+0), consoante demonstram os inclusos materiais publicitários (docs. 5 a 9), enquanto que as metas de ganhos seriam, no caso do “Hedge 60”, de 150% do CDI, 120% do CDI para o “Derivativos 60” e 110% do CDI para o “Master 60”.

[...]

9. Ocorre que, no dia 14 de janeiro p.p., diante da informação que a desvalorização cambial verificada no dia anterior teria repercutido de forma negativa nos investimentos respectivos, os Autores determinaram verbalmente (como de praxe), o resgate dos saldos existentes nesses fundos.

10. Porém, considerando que os pedidos verbais não foram acatados pela gerência, sob alegação que os resgates não eram mais D+0 (*imediato*), e sim D+5, isto é, os valores somente poderiam ser levantados após 5 dias do pedido de baixa (afrontando as condições pactuadas inicialmente), os Autores acharam por bem formalizar expressamente a ordem de resgate, protocolizando as inclusas solicitações de resgate (docs. 29 e 30).

[...]

12. Admitindo-se que a Instituição Financeira Ré tivesse cumprido o pacto inicial (resgate na condição D+0), com a conseqüente liberação do valor dos fundos nesse dia 14, os autores teriam recebido a importância de R\$ 542.636,62 (vide quadro II do anexo 1), minimizando sensivelmente os prejuízos.

13. Porém, no dia 18.1.1999, ocasião em que os recursos permaneciam indevidamente bloqueados (considerando o não atendimento do pedido de resgate), os autores foram surpreendidos com as informações que os aludidos fundos haviam sofrido perdas superiores aos valores investidos (notadamente no que diz respeito ao “Hedge 60”), ou seja, *além de perderem todo o dinheiro investido no “Hedge 60”, os autores ainda passaram a ser devedores do banco* (fls. 3-5).

Pediram, além de danos morais, o “ressarcimento da importância de R\$ 880.967,73 (R\$ 946.838,07 - R\$ 65.870,34 - vide quadros I e III do anexo 1), sendo R\$ 758.834,38 ao Autor Benedito e R\$ 122.133,35 ao Autor Décio” (fl. 19), ou, “considerando a manutenção da liminar deferida nos autos da Medida Cautelar, a condenação acima pleiteada deverá ser no sentido de reconhecer, em definitivo, o direito dos Autores sobre a importância já disponibilizada por força dessa mesma liminar (no importe de R\$ 476.766,28), condenando a Ré ao pagamento da diferença no importe de R\$ 404.201,45 (R\$ 880.967,73 - R\$ 476.766,28), que deverá ser paga através da liberação, em favor dos Autores, da importância depositada judicialmente pela Ré em 24 de fevereiro p.p., protestando por eventual diferença entre o valor efetivamente devido e a quantia que já se encontra à disposição do juízo” (fl. 19).

Em primeiro grau, os pedidos foram julgados procedentes em parte, condenando-se “o réu a recompor o patrimônio dos autores, repondo a eles o valor que eles tinham para aplicação no dia 12.1.1999, como demonstrado a fls. 21” (fl. 286). A sentença liberou “aos titulares o depósito feito nos autos da cautelar”, confirmou “o valor creditado em conta corrente” dos autores e ressaltou que “o valor que sobejar, será apurado em liquidação de sentença, com atualização desde o ingresso em juízo pela tabela prática do Tribunal de Justiça” (fl. 286). O Juiz de Direito rejeitou, ainda, os embargos de declaração opostos pelas partes (*cf.* fls. 288 e 294).

O Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, à unanimidade, negou provimento à apelação da instituição financeira e, por maioria, desproveu o recurso dos autores, estando o respectivo acórdão, proferido em 4.12.2001, assim ementado:

Dano moral. Responsabilidade civil. Prestação de serviços. Instituição financeira. Pretensão de indenização sob alegações de sonegação por parte da instituição financeira de informações sobre os riscos dos investimentos e ainda propaganda enganosa e abusiva, pleiteando, inclusive reposição da “perda” do capital investido. Admissibilidade em parte. Promessa do Banco efetuando propaganda enganosa evidenciada. Aplicação do Código de Defesa do

Consumidor. Desacolhimento da pretensão de indenização por dano moral ante o descumprimento do contrato. Inocorrência de danos à personalidade, imagem, honra e auto-estima. Existência de aborrecimentos que não caracterizam o dano moral. Sentença mantida. Recursos improvidos. Declaração de voto vencido (fl. 500).

Os embargos de declaração opostos pelo ora recorrente foram rejeitados (fls. 518-519).

Os autores, *Benedito Ribeiro da Costa* e *Décio Ribeiro da Costa*, ora recorridos, interpuseram embargos infringentes, providos, por maioria, em acórdão com a seguinte ementa:

Dano moral. Comprovação. Desnecessidade. Propaganda das entidades financeiras. Entrega a uma delas das economias acreditando na capacidade de seu quadro técnico de bem aplicá-las. Desaparecimento de boa parte delas. Dano moral evidenciado. Embargos infringentes providos. (voto 10650) (fl. 556).

O *Banco Boavista Interatlântico S.A.*, depois de julgadas as apelações e os respectivos embargos de declaração, interpôs o recurso especial de fls. 571-587. Após o julgamento e a publicação do acórdão dos embargos infringentes, a instituição financeira interpôs novo recurso especial, ora em julgamento, com base no art. 105, III, **a** e **c**, da CF/1988, “reiterando e ratificando” as razões do recurso anterior, apresentado contra o julgamento da apelação, e aduzindo razões contra o aresto dos embargos infringentes.

O recorrente sustenta a inaplicabilidade do CDC (Lei n. 8.078/1990) nos casos de “investimento de direito”, por não existir “aquisição de serviço ou de produto oferecidos pelos Bancos, mas sim de contrato de natureza fiduciária” (fl. 639). Haveria, na verdade, “uma obrigação da instituição financeira quanto à adequada condução dos negócios, despida, entretanto, de qualquer garantia de resultado” (fl. 640). Diante do que dispõe o art. 192, *caput*, da CF/1988, o CDC, não sendo lei complementar, não pode ser aplicado. Invoca a interpretação dos arts. 153, V, e 156, IV, da CF/1988 e dos arts. 2º e 3º, *caput* e § 2º, do CDC para descaracterizar a prestação de serviço e a relação de consumo.

Alega violação do art. 1.058 do CC/1916, argumentando que “não houve culpa do Banco recorrente, nos presente autos. Abruptas variações ocorreram nas bolsas de valores do país, e sobretudo no câmbio, a partir de 13 de janeiro de 1999, afetando a política cambial adotada pelo governo desde a implementação do Real” (fl. 644). Acrescenta que “as consideráveis perdas sofridas pelos

fundos ocorreram em função da drástica mudança da política cambial adotada pelo Banco Central do Brasil em janeiro de 1999. Num cenário de provável manutenção da política cambial anteriormente vigente em função do grande comprometimento da equipe econômica do Presidente da República com a valorização da moeda nacional frente ao dólar, o Banco vendeu contratos futuros de venda de câmbio e aplicou os recursos assim obtidos em ativos em Reais” (fls. 644-645). Explica que, “em face das incertezas geradas pela situação do mercado e visando o melhor resultado para os quotistas do fundo, o administrador valeu-se do disposto no artigo 21 da Circular BACEN n. 2.616, bem como no artigo 14 do Regulamento do fundo para proceder ao resgate das quotas em até 05 (cinco) dias úteis após a solicitação” (fl. 645). Entende que não teria ocorrido “qualquer irregularidade na administração do fundo, havendo o resgate ocorrido de acordo com as regras previstas não somente no Regulamento do Fundo como também na legislação aplicável” (fl. 645), e que “os riscos dos investimentos não podem [...] ser assumidos pelo Banco, que não obrigou ou incitou ninguém a investir, mas sim por aqueles – no caso os recorridos – que o procuraram para realizar o investimento, eis que a probabilidade de ganhos, no mercado futuro de câmbio, importa também risco de perdas” (fl. 646).

Igualmente assevera que “não houve erro de gestão da ‘Aplicação Hedge 60’, como amplamente explicitado na inicial. A confiança do administrador dos fundos na manutenção da valorização da moeda nacional era baseada nas firmes posições tomadas pelo próprio governo federal” (fl. 646). Nesse caso, seria de aplicar “a regra disposta no artigo 1.058 do Código Civil Brasileiro que exime a responsabilidade de indenização por prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior” (fl. 647).

Aponta contrariedade ao art. 159 do CC/1916 por não ser devida indenização por danos morais, faltando a comprovação deles, “bem como o nexo de causalidade entre eles e a culpa do agente” (fl. 649). Aduz que “os autores não foram expostos a situação vexatória, nem foram eles constrangidos, muito menos tiveram seus nomes enviados a qualquer Órgão de Proteção ao Crédito” (fl. 650). Do mesmo modo, não teria havido “qualquer negócio dos autores que tivesse deixado de ser concluído ou dívida que tivesse deixado de ser paga em razão das perdas ocorridas em suas aplicações” (fl. 650). Conclui que “o mero dissabor e aborrecimento quanto à perda ocorrida nas aplicações dos autores, não podem, de forma alguma, ser considerados dano moral” (fl. 651).

Para comprovar o dissídio jurisprudencial relativamente à inaplicabilidade do CDC, cita julgados do TJRS e do TJRJ e, quanto à alegada ausência de

danos morais, indica precedentes do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, do TJSP, do TJRJ e do TJRS.

Por último, sustenta que o valor dos danos morais, fixados em “R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais), equivalentes a (300) salários mínimos [...] (outubro de 2001)” (fl. 660), seria excessivo, havendo divergência com julgados desta Corte Superior e do TJSP.

Os recorridos, *Benedito Ribeiro da Costa* e *Décio Ribeiro da Costa*, apresentaram contrarrazões (fls. 776-797). Alegam não ter havido contrariedade aos arts. 159 e 1.058 do CC/1916, além de incidir, em relação aos dois dispositivos referidos, as vedações contidas nos Enunciados n. 7 e 211 da Súmula do STJ por impossibilidade de reexame de provas e por ausência de prequestionamento. Aduzem ser aplicável o CDC e, no tocante ao dissídio jurisprudencial, o óbice do Enunciado n. 83 da Súmula do STJ.

Os recursos especiais interpostos pelos autores e pelo réu não foram admitidos na origem (fls. 799-801). O presente recurso, entretanto, de fls. 635-665, teve seguimento em decorrência do provimento do Agravo de Instrumento n. 528.012-SP, em apenso, pelo em. Ministro *Aldir Passarinho Junior*.

O Agravo de Instrumento n. 535.072-SP, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, interposto pelos autores, ora recorridos, não foi admitido nesta Corte por ser intempestivo.

Igualmente, não se admitiu os recursos extraordinários interpostos pela instituição bancária (fls. 802-803), tendo sido oferecido agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal, inicialmente sobrestado (fls. 819 e 829).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Na origem, *Benedito Ribeiro da Costa* e seu filho *Décio Ribeiro da Costa* ajuizaram “ação de cobrança cumulada com indenização” contra *Banco Boavista Interatlântico S.A.*, narrando que “o primeiro Autor (Benedito) amealhou ao longo dos anos um capital equivalente a R\$ 805.253,62, enquanto que o segundo Autor (Décio) conseguiu poupar, até 12 de janeiro de 1999, a quantia aproximada de R\$ 141.584,45” (fl. 3), tendo procurado a ré para aplicar o referido capital, acrescentando, *in verbis*:

5. Assim, a gerente do “Boavista” (agência Conjunto Nacional), recomendou a aplicação nos fundos de investimentos do Banco como opção mais rentável, sugerindo que os valores fossem divididos em três fundos de derivativos (“Hege 60”, “Master 60” e “Derivativos 60”), assegurando (verbalmente e através de material propagandístico – vide docs. 5 a 9), que o grau de risco do “Hedge 60”, tido como agressivo, jamais poderia ultrapassar perda superior a 1 CDI (certificado de depósito interbancário), enquanto que o “Derivativos 60”, também classificado como agressivo, não teria rentabilidade negativa, fazendo crer, destarte, que essas aplicações eram sólidas e seguras, respeitando-se, repita-se, a possibilidade da perda acima mencionada.

6. Quanto ao “Master 60”, classificado como investimento de “perfil moderado”, a promessa veiculada nos materiais de propaganda e pelos próprios funcionários do Banco Réu assegurava que os ganhos seriam de, no mínimo, 0,5% do CDI, ou seja, esse investimento, tal como o “Derivativos 60”, não admitia a rentabilidade negativa, sendo prometido, ainda, que todas essas aplicações poderiam ser resgatadas no mesmo dia do pedido da baixa (D+0), consoante demonstram os inclusos materiais publicitários (docs. 5 a 9), enquanto que as metas de ganhos seriam, no caso do “Hedge 60”, de 150% do CDI, 120% do CDI para o “Derivativos 60” e 110% do CDI para o “Master 60”.

[...]

9. Ocorre que, no dia 14 de janeiro p.p., diante da informação que a desvalorização cambial verificada no dia anterior teria repercutido de forma negativa nos investimentos respectivos, os Autores determinaram verbalmente (como de praxe), o resgate dos saldos existentes nesses fundos.

10. Porém, considerando que os pedidos verbais não foram acatados pela gerência, sob alegação que os resgates não eram mais D+0 (*imediato*), e sim D+5, isto é, os valores somente poderiam ser levantados após 5 dias do pedido de baixa (afrontando as condições pactuadas inicialmente), os Autores acharam por bem formalizar expressamente a ordem de resgate, protocolizando as inclusas solicitações de resgate (docs. 29 e 30).

[...]

12. Admitindo-se que a Instituição Financeira Ré tivesse cumprido o pacto inicial (resgate na condição D+0), com a consequente liberação do valor dos fundos nesse dia 14, os autores teriam recebido a importância de R\$ 542.636,62 (vide quadro II do anexo 1), minimizando sensivelmente os prejuízos.

13. Porém, no dia 18.1.1999, ocasião em que os recursos permaneciam indevidamente bloqueados (considerando o não atendimento do pedido de resgate), os autores foram surpreendidos com as informações que os aludidos fundos haviam sofrido perdas superiores aos valores investidos (notadamente no que diz respeito ao “Hedge 60”), ou seja, *além de perderem todo o dinheiro investido no “Hedge 60”, os autores ainda passaram a ser devedores do banco* (fls. 3-5).

Pediram, além de danos morais, o “ressarcimento da importância de R\$ 880.967,73 (R\$ 946.838,07 – R\$ 65.870,34 - vide quadros I e III do anexo 1), sendo R\$ 758.834,38 ao Autor Benedito e R\$ 122.133,35 ao Autor Décio” (fl. 19), ou, “considerando a manutenção da liminar deferida nos autos da Medida Cautelar, a condenação acima pleiteada deverá ser no sentido de reconhecer, em definitivo, o direito dos Autores sobre a importância já disponibilizada por força dessa mesma liminar (no importe de R\$ 476.766,28), condenando a Ré ao pagamento da diferença no importe de R\$ 404.201,45 (R\$ 880.967,73 – R\$ 476.766,28), que deverá ser paga através da liberação, em favor dos Autores, da importância depositada judicialmente pela Ré em 24 de fevereiro p.p., protestando por eventual diferença entre o valor efetivamente devido e a quantia que já se encontra à disposição do juízo” (fl. 19).

Em primeiro grau, os pedidos foram julgados procedentes em parte, condenando-se “o réu a recompor o patrimônio dos autores, repondo a eles o valor que eles tinham para aplicação no dia 12.1.1999, como demonstrado a fls. 21” (fl. 286). A sentença liberou “aos autores o depósito feito nos autos da cautelar”, confirmou “o valor creditado em conta corrente” dos titulares e ressaltou que “o valor que sobejar, será apurado em liquidação de sentença, com atualização desde o ingresso em juízo pela tabela prática do Tribunal de Justiça” (fl. 286). O Juiz de Direito rejeitou, ainda, os embargos de declaração opostos pelas partes (*cf.* fls. 288 e 294).

Consta da sentença que, “na oferta de seus serviços e produtos o banco prometeu algo e não cumpriu; disso resultou prejuízo para os autores” (fl. 282). Ademais, “o governo federal, manietado pela economia mundial e sempre obediente ao FMI, largou a banda cambial à deriva. No entanto, a surpresa não foi assim tão surpreendente, pois de há muito era anunciado estar o Brasil prestes a ser ‘a bola da vez’” (fl. 283). Com isso, teria o banco agido “com culpa contratual ao não cumprir o contratado, a infringir a lei civil – artigo 1.058 CC – e desaguando em falta delitual” (fl. 284). Fundamentou, ainda, o magistrado que “não houve fato próprio dos autores, exclusivo deles, a excluir responsabilidade do banco”, “não houve caso fortuito nem se deu situação de força maior”, “nem terceiros agiram de molde a atenuar as relações contratuais autores-réus” (fl. 284). Sobre os danos morais, repeliu-os, ficando anotado na sentença que “o descumprimento de contrato, a não ser em situações peculiares que não acontecem aqui, não autorizam concluir por ofensa moral” (fl. 285).

O Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, à unanimidade, negou provimento à apelação da instituição financeira e, por

maioria, desproveu o recurso dos autores, estando o respectivo acórdão, proferido em 4.12.2001, assim ementado:

Dano moral. Responsabilidade civil. Prestação de serviços. Instituição financeira. Pretensão de indenização sob alegações de sonegação por parte da instituição financeira de informações sobre os riscos dos investimentos e ainda propaganda enganosa e abusiva, pleiteando, inclusive reposição da “perda” do capital investido. Admissibilidade em parte. Promessa do Banco efetuando propaganda enganosa evidenciada. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Desacolhimento da pretensão de indenização por dano moral ante o descumprimento do contrato. Inocorrência de danos à personalidade, imagem, honra e auto-estima. Existência de aborrecimentos que não caracterizam o dano moral. Sentença mantida. Recursos improvidos. Declaração de voto vencido (fl. 500).

Os danos morais, portanto, foram afastados por maioria.

No que interessa ao presente recurso especial, a respeito do descumprimento contratual, foram adotados os seguintes fundamentos no acórdão da apelação:

“O certo é que Benedito Ribeiro da Costa e Décio Ribeiro da Costa procuraram o Banco Boavista, para nele depositar seu dinheiro. Após, na mesma instituição financeira, cuidaram de fazer aplicações. Assim autorizaram a transferência do saldo de suas contas para fundos de investimentos.

Diante de desvalorização cambial Benedito e Décio quiseram o resgate dos saldos existentes nesses fundos. Não foram atendidos, ficando bloqueados os recursos. Acabaram se tornando devedores do banco.

O Banco transfere toda a responsabilidade aos investidores, os quais ‘atraídos pelos rendimentos auferidos nos fundos Boavista, os autores resolveram aplicar o seu dinheiro sabendo dos riscos das aplicações, mas esperançosos quanto aos rendimentos’ (fls. 151).

Mas resta evidente que o Banco prometeu algo e não cumpriu, disso resultou prejuízo para os autores, como afirma a sentença (fls. 282).

Precisa a observação do erudito Juiz de direito: ‘É inequívoca a responsabilidade do banco, mesmo porque prometera e contratara o mecanismo ‘stop loss’ e, sem chiste, mas por espelhar a realidade, houve o ‘non stop’ (fls. 283).

Essa responsabilidade decorre do Código de Defesa do Consumidor.

Nas relações entre o Banco e os seus clientes é perfeitamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor, simplesmente porque a Lei n. 8.078 inseriu a atividade bancária no rol de serviços a serem protegidos.

Com a promulgação do Decreto n. 2.181, de 20.3.1997, foi criado o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que permite a punição de abusos do sistema financeiro, inclusive com punição administrativa aos bancos que desrespeitem os direitos dos clientes.

Tem-se que aceitar que a instituição bancária informou uma condição e realizou outra, fazendo constar de seus prospectos promocionais dados que não corresponderam à realidade.

A pretensão teria que ser acolhida, ao menos em parte, da forma como foi ditada' (fl. 501).

Os embargos de declaração opostos pelo ora recorrente foram rejeitados (fls. 518-519).

Os autores, *Benedito Ribeiro da Costa e Décio Ribeiro da Costa*, ora recorridos, interpuseram embargos infringentes, providos, por maioria, para acrescentar à indenização os danos morais, constando do respectivo acórdão a seguinte ementa:

Dano moral. Comprovação. Desnecessidade. Propaganda das entidades financeiras. Entrega a uma delas das economias acreditando na capacidade de seu quadro técnico de bem aplicá-las. Desaparecimento de boa parte delas. Dano moral evidenciado. Embargos infringentes providos. (voto 10650) (fl. 556).

O presente recurso especial merece prosperar em parte.

I – Arts. 153, V, 156, IV, e 192, caput, da CF/1988 e arts. 2º e 3º, caput e § 2º, do CDC (Lei n. 8.078/1990) – Relação de consumo

Postula o recorrente, em primeiro lugar, que não seja aplicado o CDC. Entretanto, o presente caso revela, perfeitamente, uma relação de consumo, na qual os autores, pessoas físicas e destinatários finais, contrataram o serviço da instituição financeira para investir economias por eles amealhadas ao longo da vida.

Ademais, consta do Enunciado n. 297 da Súmula do STJ que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, sendo oportuno invocar os seguintes precedentes específicos para a presente relação material:

Recurso especial. Fundos de investimento de alto risco. Perdas gerais no ano de 2002. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Inversão do ônus da prova e nulidade do julgamento. Prequestionamento. Ausência. Documento intempestivamente acostado. Fundamento não atacado. Incidência do Código de

Defesa do Consumidor. Violação do dever de informar. Inocorrência. Negligência e imperícia. Reexame de provas. Impossibilidade.

[...]

3.- O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes a aplicações em fundos de investimento, nos termos da Súmula n. 297-STJ.

[...]

7.- Recurso especial improvido (REsp n. 1.214.318-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 18.9.012).

Processo Civil e Civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Contrato bancário. Fundos de investimento. Janeiro de 1999. Maxidesvalorização do real. Prequestionamento. Ausência. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência. Preclusão. Ocorrência. CDC. Aplicabilidade. Súmula n. 297-STJ. Súmula n. 83-STJ. Excludente do nexo de causalidade. Art. 14, § 1º, do CDC. Inocorrência. Força maior. Art. 1.058 do CC/1916. Não ocorrência. Solidariedade. Integrantes da cadeia de consumo. Art. 7º, parágrafo único, do CDC. Aplicabilidade. Fundos de investimento. Atividade legalizada. Art. 1.479 do CC/1916. Inaplicabilidade. Rentabilidade. Fundos de investimento. Juros de mora. Não incluídos. Enriquecimento sem causa. Inocorrência.

[...]

3. O CDC é aplicável aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes a aplicações em fundos de investimento, entendimento esse que encontrou acolhida na Súmula n. 297-STJ. Incide na espécie, portanto, a Súmula n. 83-STJ.

[...]

9. Recurso especial de *Olimpio Santa Rita Mata* parcialmente conhecido e nessa parte improvido. Recurso especial de *Marka Nikko Asset Management S/C Ltda* não provido (REsp n. 1.164.235-RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe de 29.2.2012).

Civil e Processo Civil. Contrato de aplicação em fundos de investimento. Ação de indenização. Exceção de incompetência. Relação de consumo. Foro de eleição x foro do domicílio do consumidor. Art. 101, I, do CDC. Embargos de declaração. Julgamento monocrático. Competência do órgão colegiado (art. 537 do CPC). Interposição posterior de agravo interno. Efeito substitutivo. Caracterização de hipossuficiência. Necessidade. Omissão configurada.

[...]

II. Encontrando-se consubstanciada relação de consumo, padece de omissão o acórdão estadual acerca do tema da hipossuficiência do autor, cuja definição se

faz imprescindível, caso a caso, para avaliar-se o campo de vigência e eficácia do art. 101, I, da Lei n. 8.078/1990, e a prevalência ou não do foro de eleição.

III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp n. 665.744-RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe de 1º.12.2008).

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Fundos de investimento. Código do Consumidor. Súmulas n. 7-STJ e 288-STF.

[...]

3. As relações existentes entre os clientes e a instituição apresentam nítidos contornos de uma relação de consumo. Aplicável, portanto, o Código de Defesa do Consumidor no caso em tela.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag n. 552.959-RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 17.5.2004).

Evidentemente, portanto, não houve afronta aos arts. 2º e 3º, *caput* e § 2º, do CDC.

Quanto à suposta violação dos arts. 192, *caput*, 153, V, e 156, IV, da CF/1988, descabe ser apreciada no presente recurso, o qual se restringe à interpretação de normas infraconstitucionais.

II – Art. 1.058 do CC/1916 – Culpa, caso fortuito, força maior

Nesse ponto, busca o recorrente afastar a sua responsabilidade pelas perdas sofridas pelos autores nos respectivos investimentos financeiros. A tese recursal encontra-se assentada nas alegações de que “abruptas variações ocorreram nas bolsas de valores do país, e sobretudo no câmbio, a partir de 13 de janeiro de 1999, afetando a política cambial adotada pelo governo desde a implementação do Real” (fl. 644) e de que, por isso, não teria se verificado “qualquer irregularidade na administração do fundo, havendo o resgate ocorrido de acordo com as regras previstas não somente no Regulamento do Fundo como também na legislação aplicável” (fl. 645).

Com efeito, o risco faz parte da aplicação em fundos de investimento, podendo a instituição financeira, entretanto, criar mecanismos ou oferecer garantias próprias para reduzir ou afastar a possibilidade de prejuízos decorrentes das variações observadas no mercado financeiro interno e externo. Sobre o tema, assim leciona FÁBIO ULHOA COELHO:

A aplicação financeira é o contrato pelo qual o depositante autoriza o banco a empregar, no todo ou em parte, o dinheiro mantido em conta de depósito num investimento (ações, títulos da dívida pública, *commodities* etc.). Organizam-se as aplicações financeiras em fundos, estruturados pelos bancos com o objetivo de oferecer ao mercado alternativas diversificadas de investimento. Cada fundo atende a regramento próprio – aprovado pela CVM – e apresenta perfil mais ou menos arriscado, tendo em vista as ações, títulos e demais lastros que compõem a respectiva carteira. Assim, o banco pode, por exemplo, oferecer aos investidores um determinado fundo, cujos recursos são aplicados parte em certificados de depósito interbancário (CDI), e parte em ações de empresas de telefonia listadas na Bolsa de Valores de São Paulo. Claro, essa alternativa terá rentabilidade e risco diversos de outro fundo, oferecido pelo mesmo banco, lastreado na variação cambial, *commodities* cotados na Bolsa de mercadorias e Futuro (BM&F) e títulos públicos.

O regimento do fundo fixa os limites e condições a partir dos quais o banco administra os recursos aplicados pelos clientes, procurando ampliar o máximo a rentabilidade da carteira, com decisões oportunas de compra e venda das ações, títulos ou posições que compõem. O depositante terá direito a uma remuneração maior ou menor conforme os ganhos obtido pelo banco na administração dos recursos do fundo em que seu dinheiro se encontra aplicado. Na aplicação financeira, dependendo do perfil do fundo, pode mesmo ocorrer de o depositante perder o dinheiro aplicado, no todo ou em parte. A garantia do banco pelo integridade do capital investido só existe se expressamente prevista no regimento do fundo e no contrato de aplicação financeira; se o fundo não conta com essa modalidade de garantia do banco, o cliente assume o risco próprio dos lastros integrantes da carteira correspondente. Em outros termos, o banco pode ser responsabilizado por má administração, ilegalidade ou inobservância do regimento ou contrato, mas nunca pelas perdas derivadas de oscilações no valor das ações, títulos, *commodities* ou qualquer outro lastro, se não conferiu expressamente ao cliente essa garantia (Curso de Direito Comercial. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 155-156).

Dada a possibilidade de perdas no investimento, cabe, evidentemente, à instituição prestadora do serviço informar claramente o grau de risco da respectiva aplicação e, se houver, as eventuais garantias concedidas contratualmente, revelando-se absolutamente relevantes, para esse fim, as propagandas efetuadas e os prospectos entregues ao público e ao contratante, os quais obrigam a contratada que irá aplicar o dinheiro do investidor. Nesse sentido, assim dispõe o art. 30 do CDC:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços

oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Sob esse enfoque, diz a sentença que a instituição financeira ré não cumpriu o que oferecera, sendo oportuno reproduzir os seguintes lances da fundamentação adotada em primeiro grau:

Por outra, o banco tem profissionais da área, mais que qualificados (lembra-se da testemunha Paulo, cujo depoimento está a fls. 229-230?) enquanto os autores são apenas clientes do banco sem acesso a maiores e melhores informações do que tinham daqueles funcionários como a gerente Cláudia (cf. fls. 227-228).

Ora, na oferta de seus serviços e produtos o banco prometeu algo e não cumpriu; disso resultou prejuízo para os autores.

É inequívoca a responsabilidade do banco, mesmo porque prometera e contratara o mecanismo **stop loss** e, sem chiste, mas por espelhar a realidade, houve o **non stop**.

Tanto não houve aquele mecanismo **stop loss** que os autores, de credores passaram a devedores.

É certo, verdadeiro fato notório, a explosão acontecida no dia 13 de janeiro de 1999.

O transbordo foi geral, como é plenamente sabido.

O governo federal, manietado pela economia mundial e sempre obediente ao FMI, largou a banda cambial à deriva. No entanto, a surpresa não foi assim tão surpreendente, pois de há muito era anunciado estar o Brasil prestes a ser “a bola da vez”.

[...]

Importa lembrar aqui ter havido daquelas situações de supino interesse jurídico, pois o banco se houve com culpa contratual ao não cumprir o contratado, a infringir a lei civil – artigo 1.058 CC – e desaguando em falta delitual.

[...]

E aqui houve total descumprimento do banco ao contratado, pois por conduta sua, a si imputável, não acionou o **stop loss** (fls. 282-284).

O Tribunal de origem, conforme anotado inicialmente, adotou as razões fáticas apresentadas na sentença para manter a procedência parcial da ação.

Embora nem a sentença nem o acórdão esmiucem, em seus respectivos textos, os contratos de investimento celebrados, ficou suficientemente claro ter sido pactuado o mecanismo *stop loss*, o qual, conforme o próprio nome indica,

fixa o ponto de encerramento de uma operação com o propósito de “parar” ou até de evitar determinada “perda”. Do não acionamento do referido mecanismo contratual pela instituição financeira, segundo as instâncias ordinárias, é que teria havido o prejuízo.

Sem dúvida, a reforma do acórdão da apelação não prescinde do reexame dos informativos, dos prospectos, das cláusulas contratuais e de outras provas eventualmente produzidas nos autos, de forma a explicitar as verdadeiras garantias dadas pela instituição financeira e os limites de perdas pactuados com a cláusula *stop loss*. Entretanto, nessa parte, incidem as vedações contidas nos Enunciados n. 5 e 7 da Súmula do STJ.

É bem verdade que o ora recorrente, nos aclaratórios de fls. 512-514, tentou delinear mais precisamente as circunstâncias fático-probatórias pertinentes ao caso, insistindo (i) na impossibilidade de acionar o *stop loss*, (ii) no fato de que a referida cláusula funcionaria, no caso concreto, como simples meta, e (iii) na tese de que as “informações constantes dos prospectos dos fundos (juntados pelos próprios embargados às fls. 30-32) sobre as *metas* de risco e as *metas* de rendimento [...] de maneira alguma podem ser tomadas como garantias” (fl. 514). Os embargos de declaração, entretanto, foram rejeitados (fls. 518-519), e o presente recurso especial não veicula contrariedade ao art. 535 do CPC.

Ademais, no tocante à Circular (BACEN) n. 2.616, de 18.9.1995, além de não prequestionada nem possuir natureza de lei federal, apenas dispõe, no art. 21 do regulamento anexo – invocado no recurso especial –, “que o resgate de quotas deve ser efetivado, sem a cobrança de qualquer taxa e/ou despesa não previstas, até o 5º (quinto) dia útil subsequente ao da solicitação respectiva, conforme disposto no regulamento do fundo”. Referida norma, de forma expressa, faz remissão aos dispositivos do respectivo regulamento do fundo e fixa o prazo máximo para resgate, o que não impede que a instituição afirme ou deixe transparecer ao investidor, em seus prospectos e no contrato, que o resgate se dará imediatamente sem risco de perda. Novamente, portanto, a pretensão recursal esbarra nos Enunciados n. 5 e 7 da Súmula do STJ.

Conclusivamente, ainda que o pacto refira-se, segundo o recorrente, tão somente, a um regime de metas estabelecido no contrato quanto ao limite de perdas, a motivação fático-probatória adotada nas instâncias ordinárias demonstra ter havido, no mínimo, um grave defeito na publicidade e nas informações relacionadas aos riscos dos investimentos, induzindo os investidores a erro, o que impõe a responsabilidade civil da instituição financeira. Nesse sentido:

Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade civil. Administrador e gestor de fundo de investimento derivativo. Desvalorização do real. Prejuízo do consumidor. Reconhecimento pela Corte de origem, com base em prova técnica, da ausência de informações aos consumidores dos riscos inerentes à aplicação financeira. Súmula n. 7-STJ. Recurso não conhecido.

(...)

2. Contudo, no caso em exame, o eg. Tribunal de origem, analisando prova técnica (processo administrativo realizado pelo Banco Central), anexada aos autos, reconheceu falha na prestação do serviço por parte do gestor dos fundos, tendo em vista a ausência de adequada informação ao consumidor acerca dos riscos inerentes às aplicações em fundos derivativos.

3. Nesse contexto, não há como revisar as conclusões da instância ordinária, em razão do óbice da Súmula n. 7-STJ.

4. Recurso especial não conhecido (REsp n. 777.452-RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 26.2.2013).

Processo Civil e Civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais. Prequestionamento. Ausência. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência. Contrato bancário. Fundos de investimento. Dever de informação. Art. 31 do CDC. Transferência dos valores investidos para banco não integrante da relação contratual. Conhecimento do cliente. Mera presunção. Ausência de anuência expressa. Intervenção Bacen no Banco Santos S/A. Indisponibilidade das aplicações. Responsabilidade do banco contratado. Ocorrência. Ressarcimento dos valores depositados.

[...]

3. O princípio da boa-fé e seus deveres anexos devem ser aplicados na proteção do investidor-consumidor que utiliza os serviços de fornecedores de serviços bancários, o que implica a exigência, por parte desses, de informações adequadas, suficientes e específicas sobre o serviço que está sendo prestado com o patrimônio daquele que o escolheu como parceiro.

4. O redirecionamento das aplicações do recorrente ao fundo gerido pelo Banco Santos S/A. configura-se operação realizada pela instituição bancária fora de seu compromisso contratual e legal, que extrapola, por essa razão, a *alea* natural do contrato. Essa situação não pode ser equiparada, a título exemplificativo, ao risco de que o real se desvalorize frente ao dólar ou de que determinada ação sofra uma queda abrupta na bolsa de valores, pois não se pode chamar de risco, a desonerar a instituição bancária de sua responsabilidade, o que foi sua própria escolha, elemento volitivo, com o qual o conceito de risco é incompatível.

5. Não estando inserida na *alea* natural do contrato a aplicação junto ao Banco Santos S/A do capital investido pelo recorrente enquanto correntista da

instituição financeira recorrida, a mera presunção de conhecimento ou anuência acerca desses riscos não é fundamento para desonerar a instituição bancária da obrigação de ressarcir ao consumidor-investidor os valores aplicados. Deve restar demonstrada a autorização expressa quanto à finalidade pretendida, ônus que cabe ao banco e do qual, na espécie, não se desincumbiu.

6. Recurso especial provido para condenar o recorrido a restituir ao recorrente os valores depositados. Ônus da sucumbência que se inverte (REsp n. 1.131.073-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 13.6.011).

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Prejuízos em fundo de investimento. Danos material e moral. Culpa da instituição financeira e da administradora. Necessidade de reexame de provas. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. A Corte estadual, ao analisar a prova contida nos autos, verificou defeito de informação na proposta de adesão feita pelo banco aos seus clientes, por isso assentou a obrigação de reparar os prejuízos provocados pela má administração dos fundos de investimento. O exame do recurso, no ponto, não prescindiria do revolvimento da matéria fático-probatória, circunstância defesa em sede especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7-STJ.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg nos EDcl no Ag n. 524.103-MG, Rel. Ministro Vasco Della Giustina - Desembargador convocado do TJRJ, Terceira Turma, DJe de 9.4.2010).

Fica repelida, assim, a apontada violação do art. 1.058 do CC/1916.

III – Art. 159 do CC/1916 – Danos morais

O recorrente, nessa parte, quer afastar a condenação em danos morais, o que deve ser acolhido.

A jurisprudência desta Corte, reconhecidamente, entende que o simples descumprimento contratual, por si, não é capaz de gerar danos morais. Necessária se faz a existência de um *plus*, uma consequência fática capaz, essa sim, de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade. Confirmam-se, *v.g.*, os seguintes julgados:

Embargos de declaração. Agravo regimental. Embargos de declaração. Recurso especial. Omissão. Contrato de compromisso de compra e venda e contrato de concessão comercial de veículos. Revocatória procedente. Dolo bilateral. Impossibilidade de transferência do imóvel para o comprador. Rescisão contratual. Danos materiais. Dano moral. Penalidade do art. 26 da Lei n. 6.729/1979.

[...]

8. Na linha da jurisprudência deste Tribunal, o aborrecimento inerente ao descumprimento de obrigações contratuais não gera, por si só, dano moral indenizável.

9. Ambos os embargos de declaração acolhidos para, suprindo as omissões, conhecer e dar parcial provimento ao recurso especial (EDcl no AgRg nos EDcl no REsp n. 790.903-RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 10.2.2014).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Seguro de veículo. Cobertura. Instalação de kit gás. Agravamento do risco de roubo. Dano moral. Termo inicial dos juros moratórios e da correção monetária. Improvimento.

[...]

2.- Como regra, o descumprimento de contrato, ao não pagar a seguradora o valor do seguro contratado, não enseja reparação a título de dano moral, salvo em situações excepcionais, que transcendam no indivíduo, a esfera psicológica e emocional do mero aborrecimento ou dissabor, próprio das relações humanas, circunstância essa que não se faz presente nos autos.

[...]

5.- Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp n. 200.514-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 13.6.2013).

Cabe ser analisado, portanto, se, no caso concreto, o descumprimento contratual ultrapassou o mero dissabor, devendo-se levar em conta, apenas, as premissas fáticas descritas no acórdão recorrido para que não incida a vedação contida no Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

O Tribunal de origem, no julgamento dos embargos infringentes, condenou o réu a indenizar os danos morais, fixados em R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais), quantia correspondente, à época, a trezentos salários mínimos, para cada um dos autores, estando o acórdão fundamentado nos seguintes termos:

E dúvida igualmente não há que o dano moral independe de comprovação, pois que é do saber comum que qualquer pessoa normal, que não tenha conhecimento técnico sobre o mercado de capitais e, convencido pela propaganda das entidades financeiras, entrega a uma delas as suas economias acreditando na capacidade de seu quadro técnico de bem aplicá-las, de modo a concretizar a expectativa de rendimento criada em sua mente pelo arsenal propagandístico da entidade escolhida para tal mister, ao tomar conhecimento de que a totalidade de suas economias, ou boa parte dela desapareceu como num passe de mágica, pode ser levada à loucura, a atentar contra a própria

vida ou a vida do funcionário da entidade com quem mantinha os contatos necessários para a efetivação do negócio, ou a sofrer um colapso em seu sistema circulatório capaz de levá-la à morte ou à incapacitação física e mental para a prática de atos profissionais ou, até mesmo, da vida civil.

Em sendo assim, de rigor o prevaecimento do voto minoritário, assegurando aos embargantes a reparação de dano moral que sofreram, pela forma exposta em seu item 4 (fls. 556-557).

Por sua vez, o “item 4” mencionado, contido no voto vencido do Desembargador *Paulo Hatanaka*, acenou para ocorrência de danos morais assim:

4) Em decorrência das irregularidades e ilegalidades praticadas pelo Banco-Réu, principalmente em decorrência da propalada ‘perda considerável’ do patrimônio dos Autores, que, em consequência, vieram a suportar dissabores, insegurança e intranquilidade na sua normal vida cotidiana.

Como esclarecido, os Autores vinham poupando seus ganhos para formação de capital destinado a assegurar, por ocasião de sua aposentadoria, melhor percepção de renda para sua sobrevivência. Diante dos fatos dos autos, o “abalo moral” foi consequência inevitável, uma vez que o dinheiro poupado, a miséria poderia bater-lhe à porta.

A CF, no seu artigo 5º, incisos V e X, protege de forma eficaz a honra e a imagem das pessoas, assegurando direito à indenização pelo dano material e moral que lhes forem causados (fl. 504).

Entendo que os fundamentos expostos nos votos acima reproduzidos não viabilizam a indenização por danos morais.

O descumprimento contratual, voluntário ou decorrente da alteração das circunstâncias, não é incomum, sendo milhares os processos judiciais envolvendo controvérsias da espécie. No entanto, consoante a jurisprudência desta Corte, o inadimplemento contratual, por si só, não acarreta dano moral. A propósito, além dos precedentes já mencionados, destaco ainda:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Dissídio jurisprudencial comprovado. Inadimplemento de contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Ausência de circunstância excepcional. Dano moral não configurado.

1.- Dissídio jurisprudencial comprovado.

2.- “O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até

porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível.” (REsp n. 876.527-RJ).

3.- Agravo improvido.

(AgRg no AREsp n. 287.870-SE, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14.5.2013, DJe 5.6.2013).

Recurso especial. Contrato bancário. Cartão magnético. Senha. Desbloqueio. Demora. Movimentação financeira. Possibilidade. Descumprimento contratual. Dano moral. Inexistência, na hipótese. Provimento.

1. Correntista que teve o cartão magnético bloqueado por indício de fraude, recebendo outro em seguida, do qual não pode se utilizar por falta de senha por certo período, sem, contudo, ficar impossibilitado de utilizar o numerário em conta corrente.

2. Conclusão pelo Tribunal local de que não seria exigível ao autor dirigir-se à agência bancária ou contatar a instituição financeira por meio da central de atendimento telefônico para regularizar a situação fere a boa-fé objetiva.

3. Não cabe indenização por dano moral em caso de mero aborrecimento decorrente de descumprimento contratual. Precedentes.

4. Recurso provido, nos limites do pedido.

(REsp n. 1.365.281-SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19.3.2013, DJe 23.8.2013).

Ademais, a simples especulação, conforme se cogitou no acórdão recorrido, a respeito da possibilidade de atitudes trágicas, decorrentes de eventual processo de exacerbação emocional do contratante frustrado em suas expectativas (“atentar contra a própria vida ou a vida do funcionário da entidade com quem mantinha os contatos necessários para a efetivação do negócio, ou a sofrer um colapso em seu sistema circulatório capaz de levá-la à morte ou à incapacitação física e mental para a prática de atos profissionais ou, até mesmo, da vida civil”), não implicam danos morais indenizáveis. A caracterização do dano moral demanda a ocorrência de efetiva lesão aos sentimentos, abalo ou inquietação espiritual ou psíquica.

Acrescente-se que, quando realiza o pedido de indenização por danos morais, deve o autor especificar na petição inicial, como causa de pedir, além dos elementos de culpa do réu, em que consistiria o dano moral sofrido.

É importante a descrição detalhada do dano moral e as suas circunstâncias, tanto mais quando houver cumulação com indenização de cunho patrimonial. Facultada a cumulação destes pedidos, como deflui da Súmula n. 37, do

Superior Tribunal de Justiça, ambos têm de ser os pedidos, como duas têm de ser as fundamentações. O dano material faz exsurgir lucros cessantes e o dano emergente ao passo que o dano moral foi o menoscabo espiritual. A descrição plena fará com que o juiz delimite a questão, facilitando, inclusive, a estipulação do montante ressarcitório.

(...)

Não basta ao autor descrever os fatos circunstancialmente; terá, principalmente, de deixar claro e exposto, sobre o resultado do fato. A vergonha, a angústia, a tristeza, o menoscabo espiritual, a humilhação sofrida, etc. (DOS SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3ª edição, São Paulo: Editora Método, 2001. p. 533)

No caso, no que se refere ao dano moral, a petição inicial trouxe os seguintes argumentos (fl. 17):

Como se observa, o Banco Réu deve ser responsabilizado pelo episódio, com sua consequente obrigação de ressarcir aos Autores a integralidade do valor aplicado nos fundos, respondendo a instituição financeira, também, pelos prejuízos morais verificados, pois é fácil imaginar os transtornos e os abalos sofridos, inclusive em razão da exposição sofrida através da mídia jornalística e televisiva.

A condenação da Ré ao pagamento de indenização pelo dano moral se mostra ainda mais necessária em razão da odiosa conduta da Instituição Financeira, que após reconhecer sua culpa pelo evento danoso, deixou de ressarcir aos Autores o prejuízo correspondente, gerando a intranquilidade e os transtornos respectivos.

A fixação de indenização por danos morais também é necessária para coibir a propaganda enganosa, pois a sociedade e a própria legislação já não mais suportam e repelem de forma veemente os atos de abuso praticados pelos fornecedores de produtos e/ou serviços, especialmente daqueles que detêm o poder econômico, tal como se verifica no presente caso.

Como se pode verificar, não especificaram os autores consequências concretas, que tenham, de fato, ocorrido, relativas ao dano moral pleiteado.

Em tais circunstâncias, entendo não haver danos morais a serem reparados, caracterizando-se a alegada violação do art. 159 do CC/1916.

IV – Valor dos danos morais – Dissídio jurisprudencial

Repelida a indenização por danos morais, fica prejudicada a pretensão de reduzi-los.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *lhe dou parcial provimento* para afastar a condenação em danos morais imposta no acórdão dos embargos infringentes, ficando mantido o acórdão da apelação.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer*¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O julgamento do recurso especial originou-se de ação de cobrança ajuizada por dois correntistas do Banco Boavista Interatlântico S/A que possuíam, respectivamente, o capital de R\$ 805 mil e R\$ 140 mil. Seguiram a recomendação ao gerente da instituição financeira e investiram as suas economias em três fundos de derivativos (Hedge 60, Master 60 e Derivativos 60).

O material publicitário de divulgação dos fundos esclarecia que a aplicação incluiria o mecanismo de *stop loss*, que fixa o ponto de encerramento de uma operação com o propósito de interromper ou até de evitar determinada perda, o que, inclusive, constou no contrato de fundo de investimento.

Em janeiro de 1999 ocorreu intensa desvalorização cambial. No dia 14 de janeiro de 1999 os correntistas solicitaram o resgate dos valores (que nos termos contratados deveria ocorrer no mesmo dia da sua solicitação). Porém, a gerente, alegando que houve modificação das regras de resgate, efetivou-o apenas cinco dias úteis depois da solicitação. Ao término do prazo foi-lhes dada a notícia de que o mecanismo do *stop loss* não fora acionado e as perdas que incidiram superaram os valores investidos.

Os correntistas ajuizaram ação de cobrança pleiteando a devolução integral do montante investido, além de danos morais, pleitos que foram acolhidos

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Mestre e Doutor pela USP. Professor Convidado da Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas. Procurador do Estado de São Paulo. Foi Diretor Executivo da Fundação PROCON de São Paulo e Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

em primeiro grau. Foi interposta apelação julgada pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que entendeu que houve “sonegação por parte da instituição financeira de informações sobre o risco dos investimentos” e publicidade enganosa em relação ao mecanismo do *stop loss*, havendo embasamento jurídico para a determinação da devolução integral dos valores investidos e incidência de danos morais.

No julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que devem ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor aos fundos de investimento. Julgou que a instituição financeira administradora do fundo de investimento violou as normas do CDC, ao omitir informações sobre o risco do investimento, veicular publicidade enganosa nos folders de divulgação do fundo e descumprir o avençado no contrato, ao não acionar o mecanismo de *stop loss*, devendo, assim, devolver integralmente o montante investido.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento parcial ao recurso especial para excluir a indenização por danos morais, por entender que o simples descumprimento contratual, por si, não é capaz de gerar danos morais.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

O julgamento do Recurso Especial n. 656.932 é importante por cristalizar a interpretação da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos fundos de investimento, sem descaracterizar, no entanto, a natureza de tais contratos. Passo, então, a analisar os principais pontos da fundamentação.

2.1. Submissão dos fundos de investimento ao Código de Defesa do Consumidor

O acórdão cristaliza o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Fundos de Investimentos celebrados pelas instituições financeiras que os administram e os seus clientes. É mais uma afirmação da incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços bancários, cuja constitucionalidade foi definitivamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591, sendo, ainda, objeto de enunciados da súmula n. 297 do STJ.

Estabeleceu, assim, a sua ementa que: “Por estar caracterizada relação de consumo, incidem as regras do CDC aos contratos relativos a aplicações em fundos de investimento celebrados entre instituições financeiras e seus clientes. Enunciado n. 297 da Súmula do STJ”.

Destaco que o tema está igualmente consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que recentemente julgou procedente a reclamação, para cassar o acórdão reclamado, que afastara a aplicação do CDC a fundo de investimento, determinando que outra decisão fosse proferida, levando em consideração o entendimento vinculante do STF acerca da incidência do Código de Defesa do Consumidor².

Reitero o posicionamento no sentido de que há hipóteses em que o investidor não será considerado consumidor, caso o investimento seja “efetivado no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial. É o que ocorre, por exemplo, com as *private equities*, com os fundos de pensão ou com as empresas que fazem aplicações em fundos de investimento para dinamizar o seu negócio”³.

Reforça esta tese o fato de que a Instrução nº 539 da Comissão de Valores Mobiliários dispõe sobre as categorias de investidores profissionais e investidores qualificados. Implicitamente, os demais investidores seriam uma terceira categoria.

Entendo que não há relação de consumo na hipótese do investidor profissional, seja porque ele efetiva o investimento de forma empresarial, seja porque ele não possui vulnerabilidade frente à instituição financeira, por deter os conhecimentos técnicos e jurídicos pertinentes, além de ter expressiva dimensão econômica.

Aliás, no direito estrangeiro ocorre tal distinção. É o exemplo da Alemanha, que efetiva em sua praxis bancária a diferenciação entre o “cliente particular” ou consumidor de um lado e o “cliente comercial” ou empresário, de outro.⁴

² Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 10424. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 21.09.2012.

³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa dos Consumidores aos administradores de fundos de investimento. Revista de Direito do Consumidor, n. 61, p. 198.

⁴ O “cliente comercial” é “pessoa física ou jurídica que atua na celebração de um contrato no exercício de sua atividade comercial ou industrial ou de sua atividade profissional autônoma”. Já o consumidor é considerado toda pessoa física que “celebra um negócio jurídico cujo fim não possa ser atribuído nem à sua atividade comercial ou industrial nem à sua atividade profissional autônoma”. Ver KÜMPPEL, Siegrif, A proteção do consumidor no direito bancário e no direito do mercado de capitais. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 52, outubro-dezembro de 2004, p. 320.

É preciso reconhecer que a fundamentação do acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n. 656.932 não efetivou tal distinção. Porém, a análise do caso concreto longe de refutar a tese, a reforça, por revelar claramente a figura do investidor ocasional. Com efeito, os consumidores eram duas pessoas físicas que investiram a totalidade de suas economias em fundos de investimentos administrados por instituições financeiras das quais eram clientes.

Ressalvo, por fim, que a relação do consumidor com os demais cotistas é de natureza societária, não havendo relação de consumo. Com efeito, nos termos do art. 3º da Instrução CVM nº 555, de 17 de dezembro de 2014, “o fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros.” Assim, os fundos de investimento são organizados sob a forma de condomínio, no qual cada investidor detém um determinado número de quotas. Portanto, a relação estabelecida entre os quotistas possui natureza societária⁵.

2.2. Da preservação da natureza do contrato de fundo de investimento

Contribuição fundamental da fundamentação do voto condutor do acórdão proferido no Recurso Especial n. 665.932 foi a de esclarecer que a aplicação do Código de Defesa dos Consumidores aos fundos de investimento pode – e deve – ser efetivada sem descaracterizar a natureza jurídica de tais contratos.

2.2.1. Do risco como parte integrante do investimento financeiro e da validade da sua limitação

O elemento fundamental de tais contratos sem dúvida é o risco: em contrapartida aos ganhos elevados que ele pode oferecer, existe o risco de haver prejuízos. Desta maneira, a perda – parcial ou até mesmo total – dos valores aportados é algo que é inerente ao fundo de investimento e, assim, faz parte de sua natureza.

Aspecto inovador do acórdão é o de ter se debruçado sobre a validade das cláusulas que mitigam os riscos, a fim de atrair um maior número de investidores. Elas não descaracterizam os contratos de fundos de investimento, na medida em que servem justamente para atrair um número maior de investidores, especialmente aqueles mais avessos aos riscos.

⁵ Ver, a propósito, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *op. cit.*, p. 190-202.

De tal ponto expressamente cuidou o voto do relator do acórdão, ficando expresso em sua ementa: “2. O risco faz parte do contrato de aplicação em fundos de investimento, podendo a instituição financeira, entretanto, criar mecanismos ou oferecer garantias próprias para reduzir ou afastar a possibilidade de prejuízos decorrentes das variações observadas no mercado financeiro”.

2.2.2. Do dever de informação adequada, vinculação da oferta e vedação à publicidade enganosa nos fundos de investimento.

Em contrapartida, quando o gestor de fundos deixa de informar corretamente quais são os riscos da aplicação, é admitido que a instituição financeira seja responsabilizada por eventuais prejuízos causados ao investidor. Trata-se de vício de informação⁶, cuja incidência revela prestação defeituosa do serviço, incidindo o dever de reparação dos danos ocasionados.

Associados à informação adequada há dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que vedam a publicidade enganosa (art. 37, § 1º) e determinam a vinculação da oferta (art. 30). Assim, se alardeado no material publicitário que não haverá perdas pela incidência do mecanismo de *stop loss*, o administrador fica vinculado a tal oferta.

2.3. Do dever de reparar por perdas financeiras decorrentes de vícios na administração do fundo

Nas hipóteses de administração deficiente, há a possibilidade de se impor o dever de reparação. Mas se exige a demonstração da má gestão, não sendo suficiente a mera perda financeira, já que o risco de sua ocorrência faz parte da natureza do negócio⁷.

Assim, é necessária a prova de vício de execução, cristalizada na má gestão do fundo. Neste contexto, o que gera o dever de reparar não é a simples ocorrência de perdas, mas o fato delas decorrerem da má administração do

⁶ Este é um dos aspectos clássicos que determinam o dever de indenização, como alertado em PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *op. cit.*, p. 201. Na jurisprudência, destaco o seguinte precedente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.164.235/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.12.2012.

⁷ Ver: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1214318. Relator Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 12.06.2012. Em tal precedente foi negado o dever de devolução do valor investido, por não terem sido identificadas condutas contrárias aos regulamentos do fundo e apesar de terem ocorrido oscilação negativa em determinados meses, houve rendimentos elevados no período total de aplicação.

fundo⁸, de vício de informação ou inexecução do contrato, como ocorreu no caso concreto analisado no Recurso Especial n. 656.932, em que foi constatado que a administradora não executou a obrigação de acionar o mecanismo de stop loss, e da inexecução do contrato é que surgiu o prejuízo.

2.4. Dano moral e inadimplemento contratual

Quanto aos danos morais, foi reafirmada a remansosa jurisprudência do STJ de que para a incidência do dano moral deve ocorrer a “efetiva lesão aos sentimentos, abalo ou inquietação espiritual ou psíquica”.

Nesta linha, como acentuado na ementa do acórdão do Recurso Especial n. 656.932, “o simples descumprimento contratual, por si, não é capaz de gerar danos morais, sendo necessária a existência de um *plus*, uma consequência fática capaz, essa sim, de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade”.

Portanto, no caso concreto analisado entendeu-se que não foi suficiente a alegação genérica de que os autores sofreram intranquilidade e transtornos em virtude da referida situação.

3. CONCLUSÕES

A pulverização da participação em fundos de investimento pode trazer benefícios expressivos aos pequenos poupadores, que de outra maneira não teriam acesso a operações que podem trazer ganhos expressivos,

Porém, é inegável a vulnerabilidade por eles enfrentada, por desconhecerem os complexos mecanismos de funcionamento de tais fundos e das operações que eles efetivam.

Assim, é importante para tais investidores a proteção efetivada pelo Código de Defesa do Consumidor, que impõe a informação adequada e a vinculação da oferta, vendando a publicidade enganosa.

Porém tal aplicação deve ser efetivada com parcimônia, a fim de não descaracterizar a natureza de tais fundos, que tem no risco um elemento integrante do negócio, ou seja, se por um lado podem multiplicar o capital investido, por outro podem levar à sua perda total.

⁸ Conferir os seguintes precedentes a respeito do dever de indenização da administradora de fundo de investimento em decorrência de má gestão: Recurso Especial n. 1.164.235/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 15.12.2012. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 223.866. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 09.12.2014.

Neste contexto, é expressiva a contribuição do julgamento do Recurso Especial n. 656.932: cristaliza a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos fundos de investimento.

Ademais, sedimenta a aplicação criteriosa das normas de defesa do consumidor: ou seja, não perde de vista que o risco integra o negócio e, assim, a simples perda financeira não gera o direito à reparação. Assim, não almeja tornar o negócio isento de risco para o investidor.

Porém, por outro lado, o julgamento do Recurso Especial consolida a interpretação de que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor não é apta a desvirtuar a natureza do contrato, mas sim a proteger o consumidor, assegurando a prestação de informação adequada, prestigiando a vinculação da oferta e demandando o efetivo cumprimento das obrigações a que se comprometeu a administradora do fundo de investimento.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa dos Consumidores aos administradores de fundos de investimento. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 61, p. 190-202, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 223.866. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 09.12.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.164.235/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.12.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.164.235/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 15.12.2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.214.318, Rel. Ministro Sidnei Benetti, julgado em 12.06.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 10424. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 21.09.2012.

KÜMPEL, Siegrif, A proteção do consumidor no direito bancário e no direito do mercado de capitais. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 52, outubro-dezembro de 2004, p. 320.

3.2. Contratos de Seguro de Saúde

RECURSO ESPECIAL N. 735.750-SP (2005/0047714-2)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Alice Desiada Ferreira Lopes Trippicio - Espólio

Representado por: Américo Trippicio - Inventariante

Advogado: Fernando Quaresma de Azevedo

Recorrido: Medic S/A Medicina Especializada a Indústria e ao Comércio

Advogado: Fernando Campos Scaff e outro(s)

EMENTA

Civil. Consumidor. Seguro. Apólice de plano de saúde. Cláusula abusiva. Limitação do valor de cobertura do tratamento. Nulidade decretada. Danos material e moral configurados. Recurso especial provido.

1. É abusiva a cláusula contratual de seguro de saúde que estabelece limitação de valor para o custeio de despesas com tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar.

2. O sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem, porém, com cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação, as quais são abusivas.

3. Na espécie, a seguradora assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Todavia, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, ao estabelecer um valor máximo para as despesas hospitalares, tornando, assim, inócuo o próprio objeto do contrato.

4. A cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade.

5. É de rigor o provimento do recurso especial, com a procedência da ação e a improcedência da reconvenção, o que implica a condenação da seguradora ao pagamento das mencionadas despesas médico-hospitalares, a título de danos materiais, e dos danos morais decorrentes da injusta e abusiva recusa de cobertura securitária, que causa aflição ao segurado.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Espólio de Alice Desiada Ferreira Lopes Trippicio* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Plano modular de assistência médica com cláusula limitativa de custos. Admissibilidade, pois se apresenta transparente, sem subterfúgios gramaticais, portanto, com validade e eficácia, ante a inequívoca ciência do segurado. Custos hospitalares acima do valor contratado deverão ser suportados pelo segurado. Apelo improvido. (fl. 279, e-STJ)

Em suas razões recursais, o ora recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 4º, I e III, 6º, IV e VIII, 46, 47, 51, § 1º, I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor, ao art. 1º da Lei n. 6.839/1980, e ao art. 159 do Código Civil de 1916.

Narra, nesse contexto, que a contratante, acometida de câncer no útero, ficou internada em UTI de Hospital conveniado. Contudo, no décimo quinto dia (15º) de internação, a mantenedora do plano de saúde recusou-se a custear o restante do tratamento, alegando que havia sido atingido o limite máximo de custeio (R\$ 6.500,00), conforme cláusula VI, § 2º, do contrato celebrado entre as partes. Sustenta, nesse contexto, o caráter abusivo da referida cláusula, ao limitar o valor de cobertura para tratamento médico-hospitalar. Requer, ao final, seja dado provimento ao recurso especial, julgando procedentes os pedidos formulados na ação ordinária de nulidade de cláusula contratual cumulada com indenização, condenando, por conseguinte, a recorrida “ao pagamento das despesas médico-hospitalares e a indenizar o recorrente pelos danos morais e patrimoniais sofridos” (fl. 142).

Não tendo sido admitido o recurso na origem, subiram os autos por força do provimento de agravo de instrumento pelo eminente Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira* (fl. 306, e-STJ).

Instado a se manifestar, o d. órgão do Ministério Público Federal, no parecer de fls. 365-367, opinou pelo não conhecimento do recurso especial, por incidência dos Enunciados n. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, ou por seu desprovimento, salientando que, embora restritiva a cláusula do plano de saúde questionada - a qual prevê limite de valor para a cobertura de internação médico-hospitalar -, essa se encontra redigida de forma clara, “não possibilitando equívoco ou incompreensão” por parte do consumidor.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): *I* - De início, deve ser afastada a preliminar de não conhecimento trazida pelo d. órgão do Ministério Público Federal, relativamente à incidência dos Enunciados n. 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, o exame do presente recurso especial não depende da interpretação de cláusula contratual, tampouco do acervo fático-probatório dos autos, mas somente da realização de nova valoração dos critérios jurídicos de formação da convicção do julgador, medida que não encontra óbice nos referidos enunciados sumulares. A revisão da qualificação jurídica da manifestação volitiva, inserta em contrato, por se tratar de questão de direito, pode ser objeto de recurso especial.

II - Atendidos, assim, os requisitos de admissibilidade recursal, passa-se ao exame do mérito.

Cinge-se a controvérsia à análise da existência de abuso na cláusula constante do contrato de plano de saúde que prevê limite de valor para cobertura de tratamento médico-hospitalar.

Na hipótese em exame, a beneficiária de plano de saúde foi internada em hospital conveniado, em razão de moléstia grave - câncer no útero -, e permaneceu em unidade de terapia intensiva (UTI). Porém, quando atingido o limite financeiro (R\$ 6.500,00) de custo de tratamento previsto no contrato celebrado entre as partes, a ora recorrida negou-se a cobrir as despesas médico-hospitalares excedentes.

A beneficiária, representada por seu esposo, ajuizou ação cautelar, cujo pedido liminar foi deferido pelo d. Juízo *a quo*, com determinação de que a mantenedora do plano de saúde arcasse com todas as despesas de internação da enferma (e-STJ, fl. 42, apenso 2, e fls. 81-82, apenso 1). Nesse ínterim, a beneficiária faleceu.

A seguir, seu espólio ingressou com ação ordinária de nulidade de cláusula contratual cumulada com indenização, alegando, na exordial, que: “1- (...) a ‘de cujus’ conveniu-se a um plano de saúde da Requerida desde 30.4.1997, denominado Plano Plus 1 2 3, conforme cópia do contrato (doc. 01), da carteira de associada em anexo (doc. 03), estando em dia com o pagamento de tal plano conforme xerox autenticada dos três últimos boletos de pagamento em anexo (docs. 04/06); 2- A ‘de cujus’ teve problemas de câncer no útero que desencadeou o câncer por todo o organismo, estando em coma quando da internação junto ao Hospital conveniado pela Requerida; 3- Tal plano cobre internação em quarto particular e em UTI; 4- Ocorre que após determinado período a Requerente comunicou ao ora representante legal do Espólio Requerente que não cobriria mais a internação da Requerente na UTI do Hospital e todo o tratamento necessário, causando um sério transtorno ao mesmo. 5- Ante o quadro médico da ‘de cujus’ a Requerida não deveria negar cobrir o pagamento do tratamento da mesma, pois encontrava-se em coma e impossibilitada de ter alta ou ser transferida e a família impossibilitada de arcar com o pagamento das despesas médico-hospitalares; 6- Os familiares da Requerente não tendo condições de arcar com tais despesas recorreram a todos os meios para solucionar o problema, mas não conseguiram, qualquer forma de solucioná-lo; 7- Ante a recusa da Requerida na cobertura do tratamento e a alta da ‘de cujus’, o esposo da Requerente ‘de cujus’ tiveram de recorrer ao Judiciário” (fls. 7-11).

Com base nessas circunstâncias fáticas, a ora recorrente, por seu espólio, requereu, além de indenização por danos materiais e morais, a nulidade da cláusula contratual que excluiu a cobertura das cirurgias, tratamento e internação (*cláusula VI, parágrafo segundo*, assim redigida: “Para a assistência clínica ou cirúrgica dos serviços constantes nesta Cláusula, será observado o limite de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), por beneficiário inscrito por período de 365 dias, limite este que tem como base a data de 1º de agosto de 1996, sendo que a correção deste valor observará os mesmos critérios estabelecidos na Cláusula XIV - Reajuste”).

Houve contestação e reconvenção pela ora recorrida.

O d. Juízo sentenciante, ao concluir não haver nenhum abuso na cláusula contratual limitativa, redigida com clareza e transparência, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial e considerou procedente a reconvenção, determinando que o autor pagasse à reconvinte o valor despendido com o tratamento da enferma, na parte que ultrapassou o limite financeiro contratualmente previsto (fls. 239-244, e-STJ).

O colendo Tribunal de Justiça estadual confirmou a r. sentença (fls. 277-285, e-STJ), sob o fundamento de que “a cláusula limitativa apresenta-se transparente”, devendo prevalecer o princípio *pacta sunt servanda*.

Contudo, entende-se configurado o caráter abusivo da referida cláusula contratual por estabelecer limitação de valor para o custeio de tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar de segurado e beneficiários, em montante por demais reduzido, incompatível com o próprio objeto do contrato de plano de saúde, consideradas as normais expectativas de custo dos serviços médico-hospitalares supostamente cobertos pela apólice. Então, a pessoa é levada a pensar que está segurada, que tem um plano de saúde para proteção da família, mas, na realidade, não está, pois o valor limite da apólice nem se aproxima dos custos normais médios de uma internação em hospital.

É certo que o sistema normativo vigente permite que as seguradoras, as empresas de medicina de grupo e as cooperativas médicas façam constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo que somente responderão pelos riscos na extensão prevista no contrato. A operadora do plano de saúde pode entender que determinados riscos, por sua extensão (p. ex.: transporte aéreo em UTI; internação em apartamento individual no hospital; livre escolha de hospital e outros), são capazes de comprometer o equilíbrio da mutualidade,

excluindo-os, portanto, da cobertura securitária. Essa autorização à inclusão de cláusulas limitativas encontra respaldo na própria autonomia contratual e nos arts. 757 e 760 do Código Civil de 2002 - art. 1.434 do Código Civil de 1916 - e no art. 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que apenas faz exigência de que sejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão pelo consumidor.

Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem com cláusulas tidas por abusivas, as quais visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação. Enquanto as primeiras, admitidas por lei, dizem respeito à possibilidade de a operadora de plano de saúde excluir de sua cobertura determinados riscos relacionados ao objeto contratado na sua extensão, as segundas representam a exclusão ou restrição criada pela operadora para esquivar-se do cumprimento da obrigação em si regularmente assumida. Nesta hipótese, a seguradora, a despeito de, por exemplo, cobrir determinado tratamento (obrigação assumida), cria limitações outras que reduzem os efeitos práticos daquela cobertura. É o que ocorre na criação de restrição de tempo para internação e de limite de valor de custos hospitalares para cobertura, máxime quando o valor-limite é irrisório, como acontece na hipótese.

Acerca da temática, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo o caráter abusivo desse tipo de cláusula:

Súmula n. 302-STJ: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado."

Civil e Processual. Acórdão estadual. Omissões não configuradas. *Seguro-saúde. Cláusula limitativa de valor de despesas anuais. Abusividade. Esvaziamento da finalidade do contrato. Nulidade.*

I. Não padece do vício da omissão o acórdão estadual que enfrenta suficientemente as questões relevantes suscitadas, apenas que trazendo conclusões adversas à parte irrisignada.

II. *A finalidade essencial do seguro-saúde reside em proporcionar adequados meios de recuperação ao segurado, sob pena de esvaziamento da sua própria ratio, o que não se coaduna com a presença de cláusula limitativa do valor indenizatório de tratamento que as instâncias ordinárias consideraram coberto pelo contrato.*

III. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 326.147-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 8.6.2009)

Contrato de seguro. Foro de eleição. É ineficaz a cláusula estipuladora do foro de eleição em contrato de adesão, a benefício da seguradora. O segurado pode valer-se das regras gerais de competência. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da 5ª Vara Cível de Caxias do Sul, para processar e julgar ambas as ações.

(CC n. 1.339-RS, Segunda Seção, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 17.12.1990)

Nesse contexto, a cláusula limitativa torna-se abusiva quando “as consequências normais de uma obrigação regularmente assumida, acaba por tornar inócua a sua própria essência, desnaturando o contrato (...). Deveras, se numa cláusula contratual o segurador assume um risco (uma obrigação) e noutra exclui ou reduz os efeitos jurídicos, na realidade não se obrigou; *a cláusula é abusiva porque torna inócua a essência do contrato*” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 9ª ed., rev. e amp., Atlas: São Paulo, 2010, p. 455).

Ao analisar a limitação do tempo de internação, acrescenta SÉRGIO CAVALIERI FILHO que, “se a doença tem cobertura contratual outra cláusula não pode limitar os dias de internação; isto não importa mera limitação do risco, vale dizer, limitação da obrigação, mas limitação da própria responsabilidade do segurador, e, por via de consequência, restrição da obrigação fundamental inerente ao contrato. Uma coisa é a doença não ter cobertura, caso em que o segurador não assumiu nenhuma obrigação a seu respeito (não assumiu seu risco), e outra coisa, bem diferente, é a doença ter cobertura e, a partir de um determinado momento, deixa de tê-la. Na realidade, afigura-se abusivo impor tempo de cura para uma doença coberta pelo seguro. Complicações de todos os tipos podem surgir, pré e pós-operatórias, inclusive infecção hospitalar, ampliando compulsoriamente o tempo de internação. Pretender livrar-se o segurador dessas consequências não é limitar o seu risco, porque o risco foi assumido quando se deu cobertura para a doença, e o sinistro até já ocorreu. O que se pretende, na realidade, com essa cláusula, é limitar a responsabilidade do segurador decorrente de uma obrigação regularmente assumida, e isso a torna inválida” (ob. cit., p. 455).

Na hipótese em exame, segundo consta dos autos, a seguradora assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Todavia, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, ao estabelecer o valor máximo para assunção do risco, tornando, assim, inócua a obrigação contratada.

Há, por conseguinte, incompatibilidade entre o objeto do contrato de seguro-saúde e a limitação do valor do tratamento, mormente, na hipótese, em que essa limitação deu-se no montante de apenas R\$ 6.500,00. Esse valor é, sabidamente, ínfimo, quando se fala em internação em unidade de terapia intensiva - UTI -, conforme ocorreu no caso em exame, em que a paciente segurada, acometida de moléstia grave, ficou submetida a esse tipo de internação por quase dois meses (de 16 de junho a 3 de agosto de 1999 - quando faleceu).

Infere-se, pois, que a cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade.

Outrossim, cumpre destacar que o bem aqui segurado é a saúde humana, o que se mostra incompatível com a fixação de um valor monetário determinado, como acontece com o seguro de automóveis e outros bens materiais. Não há como mensurar previamente o montante máximo a ser despendido com a recuperação da saúde de uma pessoa enferma, como se faz, por exemplo, facilmente até, com o conserto de um carro. Não há como se estabelecer uma regra, um valor padrão, para tratamento do indivíduo enfermo, sobretudo porque existem vários fatores exógenos e endógenos que podem influenciar no tempo de internação, na necessidade de encaminhamento à unidade de terapia intensiva - UTI -, no tipo de procedimento adotado, na cirurgia escolhida, e, inevitavelmente, no valor de custeio do tratamento.

Caso se considerasse não abusiva a referida cláusula, ter-se-ia a seguinte situação: um paciente segurado teria seu tratamento interrompido antes de alcançar a cura da enfermidade, tão logo atingido o tal limite máximo de valor autorizado no contrato de seguro-saúde, o qual, evidentemente, se tornaria de todo inútil.

Com efeito, não se pode equiparar o seguro-saúde a um seguro patrimonial, no qual é possível e fácil aferir o valor do bem segurado, criando limites de reembolso/indenização. Afinal, quem segura a saúde de outrem está garantindo o custeio de tratamento de doenças que, por sua própria natureza, são imprevisíveis, inclusive quanto aos gastos a serem despendidos com os custos hospitalares.

Tem-se, assim, que não pode haver limite monetário de cobertura para as despesas hospitalares, sob pena de se esvaziar o direito do segurado e o próprio objeto da contratação, que é, por natureza, de custos imprevisíveis, sendo essa, inclusive, uma das razões que leva a pessoa a contratar seguro de saúde.

É certamente por isso que a Lei n. 9.656/1998 - que estabelece as regras dos planos privados de assistência à saúde -, vigente à época dos fatos, prevê, em seu art. 12, II, **a** e **b**, que, na cobertura de internações hospitalares simples e em centro de terapia intensiva, ou similar, fica “vedada a limitação de prazo, *valor máximo* e quantidade” (grifo nosso). Também o Decreto-Lei n. 73/1966 - que regula o Sistema Nacional de Seguros Privados -, em seu art. 13, dispõe que “as apólices não poderão conter cláusula que permita rescisão unilateral dos contratos de seguro *ou por qualquer modo subtraia sua eficácia e validade além das situações previstas em Lei*” (grifo nosso).

Portanto, seja por violação às normas do Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, 6º, 51) ou ao disposto na Lei n. 9.656/1998 e no Decreto-Lei n. 73/1966, deve ser considerada abusiva a cláusula do contrato de seguro-saúde que crie limitação de valor para o custeio de tratamento de saúde ou de internação hospitalar de segurado ou beneficiário.

Desse modo, em observância à função social dos contratos, à boa-fé objetiva e à proteção à dignidade humana, deve ser reconhecida a nulidade de cláusula contratual como a ora discutida, nos termos em que pleiteado pelo ora recorrente.

III - Ultrapassado esse tópico, deve-se analisar a configuração dos alegados danos materiais e morais.

Apenas a título de esclarecimento, a causa de pedir do dano material, assim como do dano moral, está relacionada à recusa pela seguradora da cobertura do tratamento médico-hospitalar da segurada, sendo certo que, conforme os delineamentos dados pelas instâncias ordinárias, sua morte não decorreu dessa recusa - pois, por liminar, fora dada continuidade à internação e ao tratamento -, mas em virtude da própria evolução da doença.

Relativamente aos danos materiais, saliente-se que consta dos autos que, com o deferimento de liminar, em sede de ação cautelar, o d. Juízo *a quo* determinou que a operadora do plano de saúde desse continuidade à cobertura do tratamento da segurada (e-STJ, fl. 42, apenso 2). A ora recorrida, pelo que se deduz dos autos, procedeu ao cumprimento dessa decisão liminar, até que sobreveio a morte da segurada, o que ocorreu antes mesmo do julgamento do mérito da ação ordinária de nulidade de cláusula contratual cumulada com indenização (e-STJ, fl. 42, apenso 2, e fls. 81-82, apenso 1). Portanto, ao que parece, não houve interrupção da internação ou do tratamento da paciente, tampouco custeio deste por parte da família da segurada. Tanto

que, na r. sentença, o d. Juízo julgou procedente a reconvenção apresentada pela seguradora, condenando o reconvido, ora recorrente, ao pagamento dos gastos que aquela havia despendido com o tratamento da segurada, na parte que excedeu ao limite de valor de cobertura estabelecido no contrato, com a devida incidência de correção monetária, desde o desembolso, e de juros, desde a intimação da reconvenção (fls. 239-244, e-STJ).

Além disso, não há elemento algum nos autos do qual se possa depreender que o ora recorrente despendeu gastos com o tratamento, logo em seguida à recusa de cobertura havida pela operadora do plano de saúde.

Daí o provimento deste recurso, com a procedência da presente ação, no ponto, implicar apenas a condenação da recorrida ao pagamento das mencionadas despesas médico-hospitalares, ao que tudo indica já suportadas pela operadora do plano de saúde quando do cumprimento da liminar concedida na ação cautelar, e a improcedência da reconvenção.

No tocante aos danos morais, convém ressaltar que, a despeito de prevalecer o entendimento nesta Corte de Justiça no sentido de que o mero inadimplemento contratual não gera danos morais, deve ser reconhecido o direito a esse ressarcimento quando houver injusta e abusiva recusa de cobertura securitária pela operadora de plano de saúde, extrapolando o mero aborrecimento.

A propósito:

Civil. Recurso especial. Indenização. Dano moral. Negativa injusta de cobertura securitária médica. Cabimento.

1. Afigura-se a ocorrência de dano moral na hipótese de a parte, já internada e prestes a ser operada - naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer -, ser surpreendida pela notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos, sendo obrigada a emitir cheque desprovido de fundos para garantir a realização da intervenção médica. A toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia mas também acerca dos seus desdobramentos, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva.

2. *Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o*

direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária médica, na medida em que a conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

3. Recurso especial provido. (REsp n. 1.190.880-RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 20.6.2011)

Civil e Processual. Recurso especial. Plano de saúde. Cobertura. Negativa. Procedimento de urgência. Dano moral. Cabimento. Recurso provido.

I. *A recusa da cobertura de procedimento médico-cirúrgico por parte de prestadora de plano de saúde enseja dano moral quando aquela se mostra ilegítima e abusiva, e do fato resulta abalo que extrapola o plano do mero dissabor.*

II. Caso em que a situação do autor era grave e o risco de sequelas evidente, ante a amputação, por necrose, já ocorrida em outro membro, que necessitava urgente de tratamento preventivo para restabelecer a adequada circulação.

II. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 1.167.525-RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 28.3.2011)

Recurso especial. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Defeito do produto. Legitimidade passiva *ad causam*. Unimed da Federação originalmente contratada pelo segurado. Recurso provido.

1. As Operadoras de Planos de Assistência à Saúde ofereceram um Plano Privado de Assistência à Saúde (produto), que será prestado por profissionais ou serviços de saúde, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica (prestação de serviço).

2. A não autorização para a realização do exame laboratorial caracteriza o fato do produto, pois, além do vício (não autorização para a realização do exame laboratorial), nos termos do entendimento uníssono desta Corte, o comportamento abusivo por parte da operadora de Plano de Saúde, *extrapolando o simples descumprimento de cláusula contratual ou a esfera do mero aborrecimento, é ensejador do dano moral.*

3. Defeituoso o Plano Privado de Assistência à Saúde (produto), a responsabilidade-legitimidade é da Operadora de Planos de Assistência à Saúde com quem o Segurado o adquiriu (artigo 12 do CDC).

4. Recurso especial provido. (REsp n. 1.140.107-PR, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 4.4.2011)

Agravo regimental. Plano de saúde. Procedimento cirúrgico. Recusa da cobertura. Indenização por dano moral. Cabimento.

I - Em determinadas situações, a recusa à cobertura médica pode ensejar reparação a título de dano moral, por revelar comportamento abusivo por parte da operadora do plano de saúde que extrapola o simples descumprimento de cláusula contratual ou a esfera do mero aborrecimento, agravando a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já combatido pela própria doença.

Precedentes.

II - Em casos que tais, o comportamento abusivo por parte da operadora do plano de saúde se caracteriza pela injusta recusa, não sendo determinante se esta ocorreu antes ou depois da realização da cirurgia, embora tal fato possa ser considerado na análise das circunstâncias objetivas e subjetivas que determinam a fixação do quantum reparatório.

III - Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 884.832-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 9.11.2010)

No caso em exame, conforme longamente explicitado, houve dano moral decorrente da cláusula considerada abusiva e da recusa da cobertura securitária pela operadora do plano de saúde, no momento em que a segurada, acometida de doença grave, que a levaria a estado terminal, necessitava dar prosseguimento a sua internação em UTI e ao tratamento médico-hospitalar adequado. Entende-se, pois, configurado o dano moral, pela aflição causada à enferma.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial, para, julgando procedente a ação e improcedente a reconvenção:

(I) decretar a nulidade da cláusula contratual limitativa e abusiva (parágrafo segundo da cláusula VI do contrato); e

(II) condenar a recorrida:

a) a indenizar os danos materiais, decorrentes do tratamento médico-hospitalar que a segurada necessitou, deduzidas as despesas já suportadas pela recorrida quando do cumprimento da liminar;

b) ao ressarcimento dos danos morais, no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com a devida incidência de correção monetária, a partir desta data, e de juros moratórios de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e de 1% ao mês a partir de então, computados desde a citação; e

c) aos ônus sucumbenciais, com honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação, devidamente corrigido.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Aurisvaldo Melo Sampaio¹

Um caso de limitação financeira de cobertura assistencial por plano de saúde

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O acórdão sob estudo dá conta de uma das mais perversas cláusulas encontradas em contratos de plano de saúde, a limitação da cobertura assistencial a determinado valor, como se a saúde e, sobretudo, a vida humana, bem assim os riscos a que estão sujeitas, fossem passíveis de mensuração nesses termos.

Pois bem, a controvérsia teve início no ano de 1999 quando, precisamente em 16 de junho, consumidora de plano de saúde foi internada em unidade de terapia intensiva hospitalar em situação gravíssima – câncer de útero com metástase generalizada, levando-a a estado comatoso. Embora o contrato previsse cobertura para a doença que a acometera, no décimo quinto dia de internamento a operadora de plano de saúde comunicou que não mais cobriria a continuidade do tratamento em UTI, uma vez que fora atingido o limite máximo de custeio previsto em cláusula contratual, no importe de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais).

Ajuizada ação cautelar, foi deferida medida liminar determinando à operadora que mantivesse o custeio do tratamento da consumidora, que veio a falecer no dia 03 de agosto de 1999. Em seguida, o espólio desta intentou ação para ver declarada a nulidade da cláusula limitativa de cobertura assistencial, bem como haver da operadora indenização por danos materiais e morais, ao que esta respondeu, inclusive, com reconvenção, pretendendo o ressarcimento das despesas efetuadas com o tratamento da falecida no montante que excedera ao reportado limite contratual.



¹ Diretor do BRASILCON, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor da Faculdade Baiana de Direito e do Centro Universitário Jorge Amado.

Em primeiro grau, julgou-se improcedente a ação e procedente a reconvenção, sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, acatando-se a tese da operadora no sentido de inexistir qualquer abuso na cláusula que limitava a cobertura assistencial, uma vez que fora redigida com clareza e transparência, pelo que se fez prevalecer o princípio contratual da vinculação do pactuado – *pacta sunt servanda*.

Aportando no Superior Tribunal de Justiça recurso especial aviado pelo espólio sucumbente na instância ordinária, após parecer contrário do presentante do Ministério Público Federal, mereceu acolhida unânime da Quarta Turma, nos termos do voto do relator, que, ao reconhecer a nulidade da cláusula contratual limitativa da cobertura, condenou a operadora a reparar danos materiais – deduzidas as despesas por esta já realizadas em cumprimento da medida liminar proferida na ação cautelar – e morais, estes no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigidos monetariamente e com incidência de juros moratórios.

Compreendeu o Tribunal da Cidadania, com extrema lucidez, que o caráter abusivo da cláusula em destaque revelava-se pelo diminuto valor da cobertura assistencial – R\$ 6.500,00 –, restringindo desmesuradamente o objeto do contrato de plano de saúde e frustrando as legítimas expectativas do consumidor quanto aos serviços de que seria destinatário, pois o “valor limite da apólice nem se aproxima dos custos normais médios de uma internação em hospital”.

Não desconsiderou o acórdão a possibilidade de que as operadoras de planos de saúde façam incluir nos seus contratos cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados ao objeto da contratação, a exemplo da exclusão da cobertura de transporte em UTI aérea, na forma dos arts. 757 e 760 do Código Civil e 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, por entender que são capazes de comprometer o equilíbrio econômico-financeiro da carteira. Todavia, tal permissão restringe-se à exclusão dos riscos extensivos ou adicionais relacionados ao objeto do contrato, não ao próprio objeto nuclear da contratação – a essência do risco assumido –, uma vez que nesta hipótese se estaria reduzindo o efeito prático da cobertura assistencial, permitindo à operadora esquivar-se da obrigação regularmente assumida.

Assim, forte nos nortes definidos pelos princípios da proteção à dignidade humana, da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, considerando, especificamente, os ditames do Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, 6º, 51), da Lei nº 9.656/98 (art. 12, II, “a” e “b”) e do Decreto-Lei nº 73/66 (art. 13),

reconheceu a abusividade da cláusula que limitava a cobertura assistencial do plano de saúde ao valor de seis mil e quinhentos reais.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Longe está o tempo em que, por amor à segurança jurídica, considerava-se absolutamente intangível o contrato, não podendo os seus termos ser alterados, sequer judicialmente, “seja qual for a razão invocada por uma das partes”². No lugar de tal concepção, calcada no ideário liberal-burguês, agora sob as luzes do princípio da função social, ampliou-se o poder interventivo do juiz no seu conteúdo, sob a consideração de que não pode o contrato ser fonte de injustiças ou vetor de desequilíbrios.

Ultrapassada a concepção individualista, uma noção renovada do contrato vingou no direito, em face da qual se obrigam as partes não apenas por aquilo que expressamente determinaram, mas ainda por tudo o que seja necessário para garantir ao outro o pleno e efetivo alcance do seu desiderato contratual. Tal se deu pela entronização do princípio da boa-fé objetiva,³ consistente em regra de conduta que impõe às partes atuar conforme certos parâmetros de lealdade, transparência e honestidade, agindo, no caso concreto, como uma pessoa correta, honrada, ali se conduziria, inclusive no tocante ao cumprimento das expectativas reciprocamente despertadas.

Conforme acentua José Luis de los Mozos, trata-se de modelo de comportamento ao qual deverão os indivíduos adaptar-se na condução dos seus negócios,⁴ constituindo um *standard* de obrigatoria observância pelas partes, independentemente da existência de pacto expresso nesse sentido. Já Francisco Amaral, que também situa a boa-fé como norma de conduta, destaca no seu conteúdo, como integrante do comportamento leal e probó, a “consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou a imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte”.⁵

² GOMES, Orlando. *Contratos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 38.

³ Conforme ensina Fernando Noronha, “existem duas acepções da boa-fé, ou mesmo duas boas-fés, uma subjetiva e a outra objetiva, só se podendo falar em princípio da boa-fé a propósito da objetiva”. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 129.

⁴ MOZOS, José Luis de los. *El principio de la buena fe*. Barcelona: Bosch, 1965, p. 40.

⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 425.

Coube ao Código de Defesa do Consumidor operar a positivação da boa-fé objetiva no sistema jurídico brasileiro, fazendo-o como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo (artigo 4º, III) e cláusula geral (art. 51, IV). É Ruy Rosado de Aguiar Júnior que distingue o tratamento dispensado à boa-fé nos dois dispositivos do CDC, afirmando que, no primeiro, artigo 4º, III, atua a boa-fé como princípio orientador de interpretação e integração, não como cláusula geral, missão reservada ao artigo 51, IV.⁶

Posteriormente, também o Código Civil de 2002 adotou o princípio da boa-fé, assegurando a sua aplicação nas relações jurídicas privadas gerais, por conduto dos seus artigos 113, 187 e, sobretudo, 422, como forma de concretização do princípio da eticidade, que privilegia o valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores e prioriza o uso de critérios éticos na solução dos conflitos, aumentando o poder do juiz na busca da solução mais justa e equitativa para o caso concreto.⁷

Acentue-se que, embora unitária, a boa-fé tem a sua incidência potencializada nas relações de consumo, diante da vulnerabilidade que é marca característica do consumidor, realidade que não passou despercebida à observação de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, os quais, louvando-se nos ensinamentos de Antonio Junqueira de Azevedo, asseveram que “a boa-fé objetiva não pode ser aplicada da mesma forma às relações de consumo e às relações mercantis ou societárias, pela simples razão de que os ‘standards’ de comportamento são distintos”.⁸ Aliás, é ainda mais acentuada a boa-fé que se exige nos contratos de plano de saúde, diante da especial vulnerabilidade que marca os consumidores nesses negócios jurídicos, que colocam em jogo, ademais, os seus mais caros valores.

Ora, o consumidor contrata plano de saúde a fim de que possa usufruir, quando necessitar, do tratamento médico apto a garantir ou restaurar a sua

⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, n. 14, abr./jun. 1995, pp. 20 e ss. A mesma posição é defendida por MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 220.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações do Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 230.

saúde, às vezes até mesmo salvar a sua vida. Não sabe ele que doença virá acometê-lo, muito menos tem conhecimento das ações que serão necessárias para tratá-la ou o custo que isso representará. Faz isso por receio de não poder arcar com o tratamento, pagando, então, prestações mensais à operadora, que deverá arcar com as despesas médicas se e quando for necessário. Portanto, tem a expectativa lógica e legítima de que, cumprindo a sua obrigação contratual, obterá, quando necessitar, o tratamento adequado à doença que vier a ofender sua saúde.

Nessa contextura, a cláusula que impõe limite financeiro à cobertura assistencial necessária ao restabelecimento da saúde do consumidor é ofensiva ao princípio da boa-fé objetiva porque frustra a legítima expectativa deste e, mais, desnatura o próprio contrato de plano de saúde, que é essencialmente aleatório. Sim, porque, por um lado, o consumidor assume o risco de pagar durante anos sem necessitar utilizar os serviços da operadora, enquanto esta, por força de cláusula abusiva, apenas assume o risco de arcar com os custos de tratamento até determinado valor, preestabelecido no contrato.

Há, de fato, incompatibilidade entre o objeto do contrato – a salvaguarda da vida e da saúde do consumidor – e a limitação do valor do tratamento, de tal modo a ameaçar de inocuidade a sua finalidade, uma vez que, atingido o valor adrede fixado, fenecerá a cobertura assistencial que constitui o próprio núcleo da obrigação assumida pela operadora. Aliás, a fixação, como no caso sob análise, de limite de cobertura assistencial em valor ínfimo, apenas agudiza a abusividade da cláusula limitativa, que de outra forma já seria írrita.

Por essa razão, Sérgio Cavalieri Filho, citado no acórdão ora focado, esclarece que “se numa cláusula contratual o segurador assume um risco (uma obrigação) e noutra exclui ou reduz os efeitos jurídicos, na realidade não se obrigou; a cláusula é abusiva porque torna inócua a essência do contrato”.⁹

Nesse sentido, o art. 12, II, “a” e “b”, da Lei nº 9.656/98, ao vedar a limitação de prazo, valor máximo e quantidade nas internações hospitalares, inclusive em UTI, nada mais fez que, prudentemente, é verdade, explicitar o que já decorreria do princípio da boa-fé objetiva, observação importante, sobretudo, porque apenas os contratos celebrados após a vigência da referida Lei, ou aqueles a ela adaptados, estão sujeitos aos seus ditames.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 455.

Assim, sequer socorreria à operadora a alegação da inaplicabilidade da expressa vedação do art. 12, II, “a” e “b”, da Lei nº 9.656/98, por tratar-se de contrato “antigo” – celebrado em data anterior ao início da sua vigência –, uma vez que ali apenas se explicita proibição já decorrente de normas principiológicas, inclusive com sede constitucional, pois, como ensina Ruy Rosado de Aguiar Júnior, com respaldo na doutrina de Clóvis do Couto e Silva, a boa-fé objetiva é decorrência do artigo 3º, I, da Carta Magna, que estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil constituir uma sociedade justa e solidária.¹⁰

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é sem razão que o Superior Tribunal de Justiça tem se notabilizado como o “Tribunal da Cidadania”. Aqui, mais uma vez, rompe com os paradigmas novecentistas para agasalhar o norte constitucional, mercê da aplicação da legislação ordinária à luz da Carta Magna, de modo a privilegiar valores não-patrimoniais, particularmente, a dignidade da pessoa humana e a justiça social, aos quais deve se submeter toda a atividade econômica, sobretudo quando em interface direta com os mais caros valores pessoais, como a saúde e a vida.

Tais valores, refletidos em princípios como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, que devem ser prevalentes em todos os recantos do direito, assumem importância capital nos contratos de plano de saúde, sobretudo na sua fase de execução, instante em que aflora o mais evidente – e assustador – aspecto da vulnerabilidade do consumidor, a fragilidade da sua existência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, n. 14, abr./jun. 1995.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 735.750 – SP. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em: 14/02/2012.

¹⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, n. 14, abr./jun. 1995, pp. 14/20.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações do Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MOZOS, José Luis de los. *El principio de la buena fe*. Barcelona: Bosch, 1965.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

RECURSO ESPECIAL N. 1.280.211-SP (2011/0220768-0)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Eunice Barros Solera

Advogado: Renata Vilhena Silva e outro(s)

Recorrido: Sul América Companhia de Seguro Saúde S/A

Advogado: Daniel Fernando de Oliveira Rubiniak e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de cláusula do contrato de seguro saúde que prevê a variação dos prêmios por mudança de faixa etária. Sentença de procedência reformada pelo acórdão estadual, afastada a abusividade da disposição contratual.

Insurgência da segurada.

Ação ajuizada por beneficiária de plano de saúde, insurgindo-se contra cláusula de reajuste em razão da mudança de faixa etária.

Contrato de seguro de assistência médica e hospitalar celebrado em 10.9.2001 (fls. e-STJ 204-205), época em que a segurada contava com 54 (cinquenta e quatro) anos de idade. Majoração em 93% (noventa e três por cento) ocorrida 6 (seis) anos depois, quando completados 60 (sessenta) anos pela consumidora.

Sentença de procedência reformada pelo acórdão estadual, segundo o qual possível o reajuste por faixa etária nas relações contratuais inferiores a 10 (dez) anos de duração, máxime quando firmadas antes da vigência da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

1. Incidência do Estatuto do Idoso aos contratos anteriores à sua vigência. O direito à vida, à dignidade e ao bem-estar das pessoas idosas encontra especial proteção na Constituição da República de 1988 (artigo 230), tendo culminado na edição do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), norma cogente (imperativa e de ordem pública), cujo interesse social subjacente exige sua aplicação imediata sobre todas as relações jurídicas de trato sucessivo, a exemplo do plano de assistência à saúde. Precedente.

2. *Inexistência de antinomia entre o Estatuto do Idoso e a Lei n. 9.656/1998* (que autoriza, nos contratos de planos de saúde, a fixação de reajuste etário aplicável aos consumidores com mais de sessenta anos, em se tratando de relações jurídicas mantidas há menos de dez anos). Necessária interpretação das normas de modo a propiciar um diálogo coerente entre as fontes, à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, sem desamparar a parte vulnerável da contratação.

2.1. Da análise do artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, depreende-se que *resta vedada a cobrança de valores diferenciados com base em critério etário*, pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, *quando caracterizar discriminação ao idoso*, ou seja, a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso ao direito de contratar por motivo de idade.

2.2. Ao revés, a variação das mensalidades ou prêmios dos planos ou seguros saúde em razão da mudança de faixa etária não configurará ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando baseada em legítimo fator distintivo, a exemplo do incremento do elemento risco nas relações jurídicas de natureza securitária, desde que não evidenciada a aplicação de percentuais desarrazoados, com o condão de compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, hipótese em que restará inobservada a cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual impõe a adoção de comportamento ético, leal e de cooperação nas fases pré e pós pactual.

2.3. Consequentemente, *a previsão de reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto*. Precedente: REsp n. 866.840-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 7.6.2011, DJe 17.8.2011.

3. Em se tratando de contratos firmados entre 02 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, observadas as regras dispostas na Resolução CONSU n. 6/98, *o reconhecimento da validade da cláusula de reajuste etário* (aplicável aos idosos, que não participem de um plano ou seguro há mais de dez anos) *dependerá: (i) da existência de previsão expressa no instrumento contratual; (ii) da observância das sete faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última*

(o reajuste dos maiores de setenta anos não poderá ser superior a seis vezes o previsto para os usuários entre zero e dezessete anos); e (iii) da inexistência de índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem excessivamente o consumidor, em manifesto confronto com a cláusula geral da boa-fé objetiva e da especial proteção do idoso conferida pela Lei n. 10.741/2003.

4. Na espécie, a partir dos contornos fáticos delineados na origem, a segurada idosa participava do plano há menos de dez anos, tendo seu plano de saúde sido reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos. A celebração inicial do contrato de trato sucessivo data do ano de 2001, cuidando-se, portanto, de relação jurídica submetida à Lei n. 9.656/1998 e às regras constantes da Resolução CONSU n. 6/98.

4.1. No que alude ao atendimento aos critérios objetivamente delimitados, a fim de se verificar a validade do reajuste, constata-se: (i) existir expressa previsão do reajuste etário na cláusula 14.2 do contrato; e (ii) os percentuais da primeira e da última faixa etária restaram estipulados em zero, o que evidencia uma considerável concentração de reajustes nas faixas intermediárias, em dissonância com a regulamentação exarada pela ANS que prevê a diluição dos aumentos em sete faixas etárias. A aludida estipulação contratual pode ocasionar - tal como se deu na hipótese sob comento -, expressiva majoração da mensalidade do plano de saúde por ocasião do implemento dos sessenta anos de idade do consumidor, impondo-lhe excessivo ônus em sua contraprestação, a tornar inviável o prosseguimento do vínculo jurídico.

5. De acordo com o entendimento exarado pela Quarta Turma, quando do julgamento do *Recurso Especial n. 866.840-SP*, acerca da exegese a ser conferida ao § 3º do artigo 15 da Lei n. 10.741/2003, “a cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada”.

5.1. Conforme decidido, “esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes

anteriormente postos durante a vigência do pacto. Isso é que compromete a validade da norma contratual, por ser ilegal, discriminatória”.

5.2. Na hipótese em foco, o plano de saúde foi reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos, majoração que, *nas circunstâncias do presente caso*, destoa significativamente dos aumentos previstos contratualmente para as faixas etárias precedentes, a possibilitar o reconhecimento, de plano, da abusividade da respectiva cláusula.

6. Recurso especial provido, para reconhecer a abusividade do percentual de reajuste estipulado para a consumidora maior de sessenta anos, determinando-se, para efeito de integração do contrato, a apuração, na fase de cumprimento de sentença, do adequado aumento a ser computado na mensalidade do plano de saúde, à luz de cálculos atuariais voltados à aferição do efetivo incremento do risco contratado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, por unanimidade, prosseguir no julgamento do feito, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, e, no mérito, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencida a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti, que lhe negava provimento. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: O presente recurso especial versa sobre a licitude ou não de cláusula de contrato de seguro saúde, originariamente firmado

em 2001, que previu a variação dos prêmios mensais em razão da mudança de faixa etária dos segurados, à luz da proteção especial conferida às pessoas idosas na Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Em 16.5.2013, a Quarta Turma, por unanimidade, acolheu a proposta formulada por este signatário, em sede de questão de ordem, afetando o julgamento do reclamo à Segunda Seção, a fim de superar divergência de entendimentos havida no âmbito das Turmas de Direito Privado, consoante delimitado no Comparativo de Jurisprudência do STJ n. 84, de 10 de agosto de 2011:

Entendimento 1: É abusiva a cláusula contratual que prevê o aumento da mensalidade de plano de saúde em decorrência unicamente da mudança de faixa etária, no caso de contratantes idosos (AgRg no AREsp n. 257.898-PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 7.11.2013, DJe 25.11.2013; AgRg no AREsp n. 95.973-RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 6.8.2013, DJe 12.8.2013; e AgRg nos EDcl no REsp n. 1.310.015-AP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.12.2012, DJe 17.12.2012).

Entendimento 2: Não é abusiva a cláusula contratual que prevê o aumento da mensalidade de plano de saúde em decorrência unicamente da mudança de faixa etária, no caso de contratantes idosos, devendo eventual ilegalidade ser analisada em cada caso (REsp n. 866.840-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 7.6.2011, DJe 17.8.2011)

Apontadas tais considerações, passa-se ao relato do apelo extremo, interposto por *Eunice Barros Solera*, com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no intuito de reformar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Tal insurgência é oriunda de ação declaratória, com pedido de tutela antecipada, ajuizada pela ora recorrente em face de *Sul América Companhia de Seguro Saúde*.

No bojo da inicial (intentada em 23.3.2009), a autora aduziu: *(i)* ter firmado com a recorrida no ano de 2001 contrato individual de seguro-saúde de assistência médica hospitalar, na categoria básico; *(ii)* que a “mensalidade do plano” era de R\$ 636,19 (seiscentos e trinta e seis reais e dezenove centavos) em setembro de 2007, passando, no mês seguinte, para R\$ 1.226,63 (hum mil, duzentos e vinte e seis reais e sessenta e três centavos), o que importou em um reajuste de 93% (noventa e três por cento) de um mês para outro; *(iii)* tal

reajuste fora motivado unicamente pelo aniversário de 60 (sessenta) anos da segurada, tendo por base cláusula contratual abusiva, que prevê a variação dos prêmios por mudança de faixa etária; *(iv)* “evidente a intenção da Sul América Saúde em expurgar de sua carteira os clientes que geram custos maiores, mesmo tendo esses confiado plenamente suas vidas aos seguro-saúde [*sic*] e contribuído adimplentemente para ele, por meio de onerosos prêmios mensais”; *(v)* não possuir condições financeiras de arcar com os constantes reajustes impostos pela seguradora, que “destoam, sobremaneira, do ordenamento jurídico”; e *(vi)* ser vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, *ex vi* do disposto no artigo 15, § 3º, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Por fim, a demandante pleiteou: *(i)* a concessão de tutela antecipada com a finalidade de proibir a cobrança do reajuste em razão da mudança de faixa etária acima dos 60 (sessenta) anos de idade, viabilizando-se a emissão de boleto da mensalidade do mês de abril de 2009 sem a inclusão do aludido aumento; e *(ii)* a procedência da demanda, confirmando integralmente a tutela antecipada, reconhecida a invalidade da “cláusula do contrato de adesão que prevê reajuste em razão da mudança de faixa etária acima de 60 anos, restituindo em dobro à requerente todos os valores pagos indevidamente” (desde outubro de 2007), em estrito cumprimento ao artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

O pedido de antecipação da tutela jurisdicional foi deferido pelo magistrado *a quo*, tendo sido determinado que a ré procedesse “ao reajuste do seguro-saúde da autora de acordo com os índices autorizados pela ANS - Agência Nacional de Saúde, excluindo o reajuste de 93% em razão da mudança da faixa etária, devendo este reajuste observar os índices do contrato, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, emitindo a ré novo boleto com o valor correto” (fls. e-STJ 125-126).

Sobreveio sentença que julgou procedente a pretensão deduzida na inicial para, *confirmando a tutela de urgência deferida*, declarar nula a cláusula contratual que prevê a variação dos prêmios por mudança de faixa etária e determinar a supressão do reajuste de 93% (noventa e três por cento) imposto pela seguradora. Os honorários advocatícios foram fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

A autora opôs embargos de declaração, pleiteando a manifestação do juízo sentenciante acerca do pedido de devolução em dobro dos valores pagos indevidamente.

Os aclaratórios foram rejeitados, sob o fundamento de que “a restituição em dobro dos valores cobrados a maior somente se caracteriza por cobrança indevida, o que não é o caso, eis que a conduta da ré, anterior à sentença que declarou nula a cláusula 14.2, foi pautada em diretrizes contratuais”.

Inconformadas, ambas as partes interpuseram recurso de apelação. A seguradora insurgiu-se contra a declaração de nulidade da cláusula de reajuste por faixa etária. A segurada, por seu turno, pugnou pelo acolhimento do pedido de repetição em dobro dos valores pagos acima do devido.

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso da ré, para julgar improcedente a pretensão, considerando prejudicado o apelo da parte adversa, com inversão do ônus sucumbencial, nos termos da seguinte ementa:

Plano de saúde. Reajuste em função da faixa etária. Não abusividade. Critério de reajustamento por faixa etária claramente previsto no contrato. Impossibilidade de aplicação do artigo 15, § único, da Lei n. 9.656/1998. Contrato com duração inferior a dez anos. Não incidência do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003). Contrato anterior à sua vigência. Sentença reformada. Ação improcedente.

Recurso da autora prejudicado e provido o da ré.

Daí o presente recurso especial (fls. e-STJ 393-409), manejado pela autora/segurada, apontando, além de divergência jurisprudencial, violação do *artigo 15, § 3º, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)*, o qual “veda a cobrança, nos planos de saúde, de valores diferenciados de mensalidade ao segurado idoso”. Repisa o argumento de que abusivo o reajuste do prêmio mensal do seguro saúde em razão da mudança de faixa etária.

Apresentadas contrarrazões (fls. e-STJ 490-507), o apelo extremo restou admitido na origem (fl. e-STJ 509), tendo-lhe sido atribuído efeito suspensivo (fls. e-STJ 482-483).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): Os requisitos de admissibilidade do recurso especial encontram-se preenchidos, motivo pelo qual é de rigor o seu conhecimento.

1. Preliminarmente, importante assinalar que o Supremo Tribunal Federal, em 7.4.2011, reconheceu a repercussão geral da controvérsia, veiculada no

Recurso Extraordinário n. 630.852-RS, acerca da aplicação do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) a contrato de plano de saúde firmado antes de sua vigência.

Nada obstante, a pendência do julgamento do referido reclamo não impede a apreciação do presente recurso especial (cujo deslinde perpassa pela mesma questão), pois, como consabido, “o reconhecimento pelo Pretório Excelso de que o tema possui repercussão geral, nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil, acarreta, unicamente, o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido por esta Corte ou por outros tribunais, cujo exame deverá ser realizado no momento do juízo de admissibilidade” (*AgRg nos EREsp n. 1.142.490-RS*, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 6.10.2010, DJe 8.11.2010).

2. Cinge-se a controvérsia a verificar a licitude ou não de cláusula do contrato de seguro saúde, originariamente firmado em 2001, que previu a variação dos prêmios mensais em razão da mudança de faixa etária dos segurados, à luz da proteção especial conferida às pessoas idosas pela Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Conforme relatado, o presente recurso especial foi afetado para julgamento da Segunda Seção, uma vez detectada divergência de entendimentos no âmbito das Turmas de Direito Privado, assim consubstanciada:

Entendimento 1: É abusiva a cláusula contratual que prevê o aumento da mensalidade de plano de saúde em decorrência unicamente da mudança de faixa etária, no caso de contratantes idosos (AgRg no AREsp n. 257.898-PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 7.11.2013, DJe 25.11.2013; AgRg no AREsp n. 95.973-RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 6.8.2013, DJe 12.8.2013; e AgRg nos EDcl no REsp n. 1.310.015-AP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.12.2012, DJe 17.12.2012).

Entendimento 2: Não é abusiva a cláusula contratual que prevê o aumento da mensalidade de plano de saúde em decorrência unicamente da mudança de faixa etária, no caso de contratantes idosos, devendo eventual ilegalidade ser analisada em cada caso (REsp n. 866.840-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 7.6.2011, DJe 17.8.2011; e AgRg no REsp n. 1.299.481-RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 6.11.2012, DJe 13.11.2012).

Assim posta a questão jurídica, esta relatoria filia-se à orientação jurisprudencial no sentido de que *a previsão de reajuste de mensalidade de plano*

de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso, nos contratos firmados antes da edição da Lei n. 10.741/2003, não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto.

Tal exegese, além de encontrar respaldo na lei de regência, apresenta-se, salvo melhor juízo, mais consentânea com a noção de proporcionalidade da relação contratual. Isto porque: (i) preserva o equilíbrio atuarial do plano privado de assistência à saúde, observada sua natureza jurídica sinalagmática, sendo certo que o aumento da idade do segurado importa em incremento do risco contratado, o que repercute nos custos do serviço prestado pelo fornecedor; e (ii) protege a parte vulnerável (o consumidor idoso) de eventual conduta abusiva do fornecedor, voltada a inviabilizar a manutenção do contrato cativo de longa duração, mediante a estipulação de contraprestação excessivamente onerosa, sem observância dos princípios da boa-fé objetiva e da equidade.

Os contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde são, hodiernamente, regulados pelo Código de Defesa do Consumidor (Súmula n. 469-STJ) e, especificamente, pela *Lei n. 9.656/1998*, cujo artigo 15, ressalvando a norma inserta no artigo 35-E (aplicável aos contratos celebrados antes de sua vigência), assim dispõe:

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos.

Desse modo, a possibilidade de variação das mensalidades ou prêmios dos planos de saúde ou seguro saúde em razão da mudança de faixa etária do consumidor restou admitida pelo referido diploma legal, *excepcionados apenas os contratos firmados há mais de 10 (dez) anos por maiores de 60 (sessenta) anos*, desde que observados os critérios estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

Nesse contexto, o Conselho de Saúde Suplementar, órgão vinculado à ANS, expediu a *Resolução CONSU n. 6, de 03 de novembro de 1998*, estabelecendo

os “critérios e parâmetros de variação das faixas etárias dos consumidores para efeito de cobrança diferenciada, bem como de limite máximo de variação de valores entre as faixas etárias definidas para planos e seguros de assistência à saúde”.

Tal normativo, aplicável aos contratos firmados entre 02 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003 (antes da vigência do Estatuto do Idoso), estabeleceu *sete faixas etárias como critério de variação das contraprestações pecuniárias em razão da idade do consumidor*, determinando que o valor fixado para a última faixa (setenta anos ou mais) não pode ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária (zero a dezessete anos):

Art. 1º Para efeito do disposto no artigo 15 de Lei n. 9.656/1998, as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos ou seguros privados de assistência à saúde, *observando-se as 07 (sete) faixas etárias* discriminadas abaixo:

- I - 0 (zero) a 17 (dezessete) anos de idade;
- II - 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos de idade;
- III - 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos de idade;
- IV - 40 (quarenta) a 49 (quarenta e nove) anos de idade;
- V - 50 (cinquenta) a 59 (cinquenta e nove) anos de idade;
- VI - 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos de idade;
- VII - 70 (setenta) anos de idade ou mais.

Art. 2º As operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde poderão adotar por critérios próprios os valores e fatores de acréscimos das contraprestações entre as faixas etárias, *desde que o valor fixado para a última faixa etária não seja superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária*, obedecidos os parâmetros definidos no art. 1º desta resolução.

§ 1º *A variação de valor na contraprestação pecuniária não poderá atingir o usuário com mais de 60 (sessenta) anos de idade, que participa do um plano ou seguro há mais de 10 (dez) anos, conforme estabelecido na Lei n. 9.656/1998.*

§ 2º A contagem do prazo estabelecido no parágrafo anterior deverá considerar cumulativamente os períodos de dois ou mais planos ou seguros, quando sucessivos e ininterruptos, numa mesma operadora, independentemente de eventual alteração em sua denominação social, controle empresarial, ou na sua administração, desde que caracterizada a sucessão.

§ 3º As operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde podem oferecer produtos que tenham valores iguais em faixas etárias diferentes.

(...)

Art. 4º O valor atribuído de contraprestação para cada faixa etária dos titulares e dependentes, dentro do limite previsto nos artigos anteriores, deverá ser previamente esclarecido e constar expressamente do instrumento contratual.

A partir de 1º de janeiro de 2004, entrou em vigor a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), diploma que confere especial proteção às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, consubstanciando norma cogente (imperativa e de ordem pública), cujo interesse social subjacente exige sua *aplicação imediata sobre todas as relações jurídicas de trato sucessivo*, a exemplo do plano de assistência à saúde. Nesse sentido: *AgRg no REsp n. 1.355.423-DF*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19.9.2013, DJe 26.9.2013; *AgRg no REsp n. 1.324.344-SP*, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 21.3.2013, DJe 1º.4.2013; e *REsp n. 1.228.904-SP*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5.3.2013, DJe 8.3.2013.

Assim, ultrapassada a discussão acerca da aplicação da Lei n. 10.741/2003 aos contratos firmados antes de sua vigência, impende transcrever o artigo 15, § 3º, do aludido diploma legal, que veda, expressamente, a discriminação do idoso nos planos de saúde:

Art. 15. *É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.*

(...)

§ 3º *É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.*

(...)

Da análise da supracitada norma, depreende-se que *resta vedada a cobrança de valores diferenciados com base em critério etário*, pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, *quando caracterizar discriminação ao idoso*, ou seja, a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso ao direito de contratar por motivo de idade.

Tal mandamento também se encontra expresso no artigo 14 da Lei dos Planos de Saúde (Lei n. 9.656/1998), *verbis*:

Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.

Assim, não se vislumbra antinomia entre o Estatuto do Idoso e a Lei dos Planos de Saúde, os quais devem ser interpretados de modo a propiciar um diálogo coerente entre as fontes normativas, à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, sem desamparar a parte vulnerável da contratação.

Nesse contexto, sobressai o entendimento esposado pela Quarta Turma, quando do julgamento do *Recurso Especial n. 866.840-SP*, acerca da exegese a ser conferida ao § 3º do artigo 15 da Lei n. 10.741/2003 (“É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”). Na ocasião, assinalou-se que *a referida norma não tem comando abstrato expresso no sentido de proibir a estipulação de reajuste com base na mudança de faixa etária, mas, sim, inibe aquele que consubstanciar discriminação desproporcional do idoso sem pertinência com o incremento do risco acobertado pelo contrato de plano de saúde. Confira-se:*

(...)

Ora, não se extrai de tal norma interpretação que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste que se baseie em mudança de faixa etária, como pretende o promovente desta ação civil pública, mas tão somente o reajuste discriminante, desarrazoado, que, em concreto, traduza verdadeiro fator de discriminação do idoso, justamente por visar dificultar ou impedir sua permanência no plano.

A cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada. Esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Isso é que compromete a validade da norma contratual, por ser ilegal, discriminatória.

(...)

Na esteira do ensinamento acima, não há como se considerar violador do princípio da isonomia o reajuste, autorizado em lei, decorrente de mudança de faixa etária, baseado no já mencionado natural incremento do elemento risco, pois caracterizada a pertinência lógica que justifica tal diferenciação, máxime quando já idoso o segurado.

O que não se mostra possível, de acordo com as regras do art. 15, § 3º, da Lei Federal n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e do art. 14 da Lei Federal n. 9.656/1998, transcritos *supra*, por afrontar nitidamente o princípio da igualdade, repise-se, é que a seguradora, em flagrante abuso do exercício de direito e divorciada da boa-fé contratual, aumente sobremaneira a mensalidade dos planos de saúde, aplicando percentuais desarrazoados, que constituam verdadeira barreira à permanência do idoso no plano de saúde. Procedendo de tal forma, a seguradora criaria, em verdade, fator de discriminação do idoso, com o objetivo escuso e ilegal de usar a majoração para desencorajar o segurado a permanecer no plano, o que, evidentemente, não pode ser tolerado.

(...)

Evidentemente, como se deixou registrado acima, caso algum consumidor segurado perceba abuso no aumento de sua mensalidade, em razão de mudança de faixa etária, aí sim poder-se-á cogitar de ilegalidade, cujo reconhecimento autorizará o julgador a revisar o índice aplicado, seja em ação individual ou coletiva. (REsp n. 866.840-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 7.6.2011, DJe 17.8.2011)

Deveras, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais reclama a proteção do direito social à saúde do idoso em face dos poderes privados, traduzindo limitação à autonomia da vontade, sem olvidar, contudo, a natural busca do lucro pelo desempenho de atividade econômica, desde que não represente demasiada oneração ao consumidor.

Nessa ordem de ideias, a variação das mensalidades ou prêmios dos planos ou seguros de assistência à saúde, em razão da mudança de faixa etária, não configurará ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando baseada em legítimo fator distintivo, a exemplo do incremento do elemento risco nas relações jurídicas de natureza securitária, desde que não evidenciada a aplicação de percentuais desarrazoados, com o condão de compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, hipótese em que restará inobservada a cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual impõe a adoção de comportamento ético, leal e de cooperação nas fases pré e pós pactual.

Consequentemente, a decretação da nulidade de pleno direito da cláusula contratual que preveja a variação de valores a serem pagos pelos beneficiários em razão do critério etário será de rigor apenas quando implicar obrigação abusiva, incompatível com a boa-fé e a equidade, *ex vi* do disposto no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, o que deverá ser analisado de forma casuística.

Desse modo, em se tratando dos *contratos firmados entre 02 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003* (hipótese dos autos), o reconhecimento da validade da cláusula de reajuste etário (aplicável aos idosos, que não participem de um plano ou seguro há mais de dez anos) dependerá: (i) da existência de previsão expressa no instrumento contratual; (ii) da observância das sete faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de setenta anos não poderá ser superior a seis vezes o previsto para os usuários entre zero e dezessete anos); e (iii) da inexistência de índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem excessivamente o consumidor, em manifesto confronto com a cláusula geral da boa-fé objetiva.

Nesse diapasão, destaca-se, mais uma vez, o julgado da Quarta Turma anteriormente citado, que enumerou tais parâmetros para aferição da validade da cláusula contratual de reajuste:

Direito Civil. Consumidor. Plano de saúde. Ação civil pública. Cláusula de reajuste por mudança de faixa etária. Incremento do risco subjetivo. Segurado idoso. Discriminação. Abuso a ser aferido caso a caso. Condições que devem ser observadas para validade do reajuste.

(...)

5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal n. 9.656/1998; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.

(...)

7. Recurso especial provido. (REsp n. 866.840-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 7.6.2011, DJe 17.8.2011)

Na hipótese ora em foco, restou incontroverso na origem que, ao completar 60 (sessenta) anos de idade (e *seis anos de relação contratual*), a segurada teve seu prêmio mensal do seguro saúde aumentado em 93% (noventa e três por cento), passando de R\$ 636,19 (seiscentos e trinta e seis reais e dezenove centavos) em setembro de 2007 para R\$ 1.226,63 (hum mil, duzentos e vinte e seis reais e sessenta e três centavos) em outubro do mesmo ano, *com base na cláusula 14.2 do contrato firmado em 2001*.

O magistrado de primeiro grau decretou a nulidade da referida cláusula, calcado na assertiva de que “ao completar 60 anos, a autora se viu amparada

pelo Estatuto do Idoso, que já vigorava na época, e, conseqüentemente, impossibilitada de sofrer reajustes em sua mensalidade em razão da mudança de faixa etária” (fls. e-STJ 270-273).

Por sua vez, o Tribunal de origem reformou a sentença de procedência, declarando a validade da cláusula de reajuste por faixa etária, ante a expressa previsão contratual, afastada a incidência do Estatuto do Idoso.

Deveras, de acordo com a tese jurisprudencial firmada nesta Corte, *mostra-se insuficiente a análise objetiva do contrato*, conforme perpetrada pelo acórdão local, *sendo imperiosa a aferição da abusividade da cláusula pactuada pelas partes à luz dos critérios delineados no precedente supracitado e, notadamente, dos influxos da boa-fé objetiva e da especial proteção do idoso conferida pela Lei n. 10.741/2003*, devendo, obrigatoriamente, ser afastada/inibida a conduta empresarial dissimuladora do escopo discriminatório de pessoa hipossuficiente.

Na espécie, a partir dos contornos fáticos delineados na origem - imutáveis na presente via especial - a segurada idosa participava do plano há menos de dez anos, tendo seu plano de saúde sido reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos. A celebração inicial do contrato de trato sucessivo data do ano de 2001, cuidando-se, portanto, de relação jurídica submetida à Lei n. 9.656/1998 e às regras constantes da Resolução CONSU n. 6/98.

No que alude ao atendimento aos critérios objetivamente delimitados, a fim de se verificar a validade do reajuste, constata-se: (i) existir expressa previsão do reajuste etário na cláusula 14.2 do contrato; e (ii) os percentuais da primeira e da última faixa etária restaram estipulados em zero, o que evidencia uma considerável concentração de reajustes nas faixas intermediárias, *em dissonância com a regulamentação exarada pela ANS que prevê a diluição dos aumentos em sete faixas etárias*.

Por oportuno, cumpre transcrever os percentuais de reajuste, previstos na apólice do seguro saúde (fl. e-STJ 218), em razão da mudança de faixa etária:

- Até 17 anos - 0
- De 18 a 29 anos - 36,28%
- De 30 a 39 anos - 8,22%
- De 40 a 49 anos - 20,76%

De 50 a 59 anos - 74,73%

De 60 a 69 anos - 92,82%

70 anos ou mais - 0

De fato, os reajustes assim dispostos, concentrados nas faixas etárias intermediárias, discrepam dos termos propostos pela Resolução expedida pela ANS, que determina sejam os aumentos diluídos em sete segmentos etários. A aludida estipulação contratual pode ocasionar - tal como se deu na hipótese sob comento -, expressiva majoração da mensalidade do plano de saúde por ocasião do implemento dos sessenta anos de idade do segurado, impondo-lhe excessivo ônus em sua contraprestação, a tornar inviável o prosseguimento do vínculo jurídico.

De acordo com o entendimento exarado pela Quarta Turma, quando do julgamento do *Recurso Especial n. 866.840-SP*, acerca da exegese a ser conferida ao § 3º do artigo 15 da Lei n. 10.741/2003, “a cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada”.

Conforme decidido, “esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, *o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto*. Isso é que compromete a validade da norma contratual, por ser ilegal, discriminatória”.

Na hipótese em foco, o plano de saúde foi reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos, majoração que, *nas circunstâncias do presente caso*, destoa significativamente dos aumentos previstos contratualmente para as faixas etárias precedentes, a possibilitar o reconhecimento, de plano, da abusividade da respectiva cláusula.

Entretanto, conforme bem ponderado pelos Ministros João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino durante a sessão de julgamento de 23.4.2014, levando-se em conta que o comando a ser exarado na presente ação não é puramente declaratório, mas constitutivo negativo, ensejando a integração do contrato para restabelecer o equilíbrio, nos termos do § 2º do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, afigura-se necessário apurar o percentual adequado e razoável de majoração do prêmio em razão da inserção em nova

faixa de risco, com base em cálculos atuariais a serem realizados na fase de cumprimento de sentença (notas taquigráficas).

Para tanto, dever-se-á aferir a integridade dos cálculos atuariais, com base no efetivo incremento do risco pactuado, comparados com os aumentos relativos às demais faixas etárias e com os critérios estipulados pela Agência Nacional de Saúde, sempre afastado o lucro predatório.

3. Do exposto, dou provimento ao recurso especial para reconhecer a abusividade do percentual de reajuste estipulado para a consumidora maior de sessenta anos, determinando a apuração, na fase de cumprimento de sentença, do adequado aumento a ser computado na mensalidade do plano de saúde, à luz de cálculos atuariais voltados à aferição do efetivo incremento do risco contratado.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Acompanho o relator.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, *data maxima venia*, leio o trecho relevante do acórdão recorrido.

Nem caberia argumentar, por outro lado, a aplicação do Estatuto do Idoso (art. 15º, § 3º, da Lei n. 10.741/2003), pois, sendo o contrato anterior à vigência desse diploma, suas disposições não poderiam retroagir para apanhar e disciplinar atos jurídicos precedentemente aperfeiçoados. Em outras palavras, a pretendida nulidade implicaria afronta à relação jurídica já plenamente consolidada quando do advento da nova legislação, sendo indiferente, nesse caso, se cuidar esta de disposição de ordem pública, já que suas novas restrições somente podem ser opostas independentemente da vontade dos contratantes aos ajustes subsequentes.

Logo, a ação deve ser julgada improcedente.

O recurso especial veio fundamentado exclusivamente no art. 15 do Estatuto do Idoso, posterior ao contrato, e também em dissídio com acórdão

da relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi, no qual decidiu a Terceira Turma que o Estatuto do Idoso se aplica aos contratos anteriores à edição da referida lei por se tratar de relação de trato continuado.

Esse é um dos fundamentos do voto do eminente Ministro Relator. Considero configurado o dissídio com esse acórdão da Terceira Turma sobre a aplicação ou não da lei posterior para invalidar a cláusula de contrato anterior.

Penso, *data maxima venia*, que não se pode dizer que a cláusula de contrato celebrado quando não havia a lei citada passou a ser nula em razão de uma lei posterior. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência sólida firmada a partir de precedente de seu Plenário em ação de controle de constitucionalidade da relatoria do Ministro Moreira Alves, no qual se estabeleceu que não é importante, para efeito de aplicação de lei posterior a contratos anteriores, a circunstância de se tratar de matéria de ordem pública.

Entende o Supremo Tribunal Federal, pela voz sempre lembrada do eminente Ministro Moreira Alves, que uma lei posterior não pode tornar nulo um contrato anterior, nem sequer quanto aos efeitos futuros desse contrato. Trata-se da retroatividade mínima, a qual também é vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição. Mesmo a retroatividade mínima, alcançando efeitos futuros do contrato anterior à lei, entende o Supremo ser vedada. Isso porque, ao alcançar os efeitos futuros do contrato posteriores à lei nova, estará sendo alterada a própria relação jurídica contratual, que é anterior à lei.

Eis a ementa do célebre *leading case*:

"Ação direta de inconstitucionalidade.

- Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

- O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F.

- Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos

celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna.

- Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, “caput” e parágrafos 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991.

Portanto, não vejo, *data maxima venia*, da posição da Terceira Turma e do entendimento do Relator quanto a esse ponto, como se possa prover um recurso cujo fundamento exclusivo é a nulidade de cláusula contratual em face de uma lei que não existia quando foi celebrado o pacto. Portanto, já que o recurso se fundamenta apenas em violação ao Estatuto do Idoso, não tenho como dar provimento a esse recurso, porque considero indene de dúvida que não se aplica o Estatuto do Idoso para fulminar de invalidez cláusulas que foram pactuadas antes de sua entrada em vigor.

Eu concordaria inteiramente com os outros itens do voto do eminente Ministro Marco Buzzi, porque penso que, mesmo antes do Estatuto do Idoso, já havia lei a proteger a parte contratante de abuso discriminatório. Com efeito, havia o Código do Consumidor; havia o art. 14 da Lei n. 9.656/1998 e resoluções da ANS, invocados no voto do Relator. Todas essas normas poderiam ser citadas para que se alcançasse a solução do voto do eminente Relator, que me reservo para acompanhar quando no recurso houver sido indicada violação do Código de Defesa do Consumidor ou da Lei de Planos de Saúde.

Portanto, *data maxima venia*, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, peço vênias à Ministra *Isabel Gallotti* para acompanhar o Relator na versão final de seu voto.

Dou parcial provimento ao recurso especial para afastar o fundamento adotado pela Corte local e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que prossiga na apreciação dos apelos ordinários das partes à luz dos critérios delineados.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Rizzatto Nunes¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O cerne da controvérsia está na verificação da validade ou invalidade de cláusula do contrato de seguro saúde firmado no ano de 2001, que previu a variação dos prêmios mensais em razão da mudança de faixa etária do segurado, à luz da proteção especial conferida às pessoas idosas pelo Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003)

O recurso especial foi afetado para julgamento da Segunda Seção, uma vez que foi detectada divergência de entendimentos no âmbito das Turmas de Direito Privado, consubstanciada nos seguintes entendimentos: a) “É abusiva a cláusula contratual que prevê o aumento da mensalidade de plano de saúde em decorrência unicamente da mudança de faixa etária, no caso de contratantes idosos”²; b) “Não é abusiva a cláusula contratual que prevê o aumento da mensalidade de plano de saúde em decorrência unicamente da mudança de faixa etária, no caso de contratantes idosos, devendo eventual ilegalidade ser analisada em cada caso”³.

No julgamento, por maioria de votos, prevaleceu o entendimento do Senhor Ministro Relator Marco Buzzi (vencida apenas a Senhora Ministra Maria Isabel Gallotti) nos seguintes termos, resumidamente: a previsão de reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (aposentado). Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Livre-Docente em Direito do Consumidor pela mesma Universidade; Professor nas cadeiras de Direito do Consumidor, Introdução ao Estudo do Direito, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito. Membro da Academia Paulista de Magistrados e da Academia Paulista de Direito. Advogado e escritor.

² AgRg no AREsp 257.898/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07.11.2013, DJe 25.11.2013; AgRg no AREsp 95.973/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 06.08.2013, DJe 12.08.2013; e AgRg nos EDcl no REsp 1.310.015/AP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.12.2012, DJe 17.12.2012.

³ REsp 866.840/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 17.08.2011; e AgRg no REsp 1.299.481/RS, Rel. Ministro Massami Uzeda, Terceira Turma, julgado em 06.11.2012, DJe 13.11.2012.

faixa etária de segurado idoso, nos contratos firmados antes da edição da Lei 10.741/2003, não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto.

E, o caso concreto levado a julgamento tinha as seguintes características e chegou ao resultado abaixo apontado:

a) quando a segurada-autora da ação completou 60 (sessenta) anos de idade, havia transcorrido seis anos de relação contratual entre ela e a seguradora-ré;

b) naquele momento a segurada teve seu prêmio mensal do seguro saúde aumentado em 93% (noventa e três por cento), passando de R\$ 636,19 em setembro de 2007 para R\$ 1.226,63 em outubro do mesmo ano, com base na cláusula 14.2 do contrato firmado em 2001;

c) o juiz de primeiro grau decretou a nulidade da referida cláusula, calcado na assertiva de que “ao completar 60 anos, a autora se viu amparada pelo Estatuto do Idoso, que já vigorava na época, e, conseqüentemente, impossibilitada de sofrer reajustes em sua mensalidade em razão da mudança de faixa etária”;

d) Já o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença de procedência, declarando a validade da cláusula de reajuste por faixa etária, ante a expressa previsão contratual, afastada a incidência do Estatuto do Idoso;

e) a segurada idosa participava do plano há menos de dez anos. A celebração inicial do contrato de trato sucessivo data do ano de 2001, cuidando-se, portanto, de relação jurídica submetida à Lei 9.656/98 e às regras constantes da Resolução CONSU 6/98;

f) no que alude ao atendimento aos critérios objetivamente delimitados, a fim de se verificar a validade do aumento, constatou-se existir expressa previsão do reajuste na cláusula 14.2 do contrato, mas os percentuais da primeira e da última faixa etária restaram estipulados em zero, o que evidenciou uma considerável concentração de reajustes nas faixas intermediárias. Eis as faixas previstas no contrato firmado: até 17 anos – 0; de 18 a 29 anos - 36,28%; de 30 a 39 anos - 8,22%; de 40 a 49 anos - 20,76%; de 50 a 59 anos - 74,73%; de 60 a 69 anos - 92,82%; 70 anos ou mais – 0.;

g) os reajustes assim dispostos, concentrados nas faixas etárias intermediárias, discrepam dos termos propostos pela Resolução expedida pela

ANS, que determina sejam os aumentos diluídos em sete segmentos etários. Daí que a aludida estipulação contratual ocasionou expressiva majoração da mensalidade do plano de saúde por ocasião do implemento dos 60 anos de idade da autora-segurada, impondo-lhe excessivo ônus em sua contraprestação, a tornar inviável o prosseguimento do vínculo jurídico;

h) levando-se em conta que o comando a ser exarado na ação não era puramente declaratório, mas constitutivo negativo, ensejando a integração do contrato para restabelecer o equilíbrio, nos termos do § 2º do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, afigurou-se necessário apurar o percentual adequado e razoável de majoração do prêmio em razão da inserção em nova faixa de risco, com base em cálculos atuariais a serem realizados na fase de cumprimento de sentença. Para tanto, ficou decidido e determinado que fosse aferida a integridade dos cálculos atuariais, com base no efetivo incremento do risco pactuado, comparados com os aumentos relativos às demais faixas etárias e com os critérios estipulados pela Agência Nacional de Saúde, sempre afastado o lucro predatório (esse foi o resultado do julgamento).

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

O *decisum* pautou-se na noção de proporcionalidade da relação contratual visando preservar o equilíbrio atuarial do plano privado de assistência à saúde, observada sua natureza jurídica sinalagmática, e na medida em que o aumento da idade dos segurados sempre importa em incremento do risco contratado indo repercutir nos custos do serviço prestado pelo fornecedor. É esse princípio que protege o consumidor idoso (especialmente vulnerável) de eventual conduta abusiva do fornecedor, voltada a inviabilizar a manutenção do contrato cativo de longa duração, mediante a estipulação de contraprestação excessivamente onerosa, sem observância de outros dois princípios, o da boa-fé objetiva e o da equidade.

A base legal da decisão está definida no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Com efeito, o CDC reconhece um fato⁴: o de que o consumidor é vulnerável na medida em que não só não tem acesso ao sistema produtivo como

⁴ “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: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

não tem condições de conhecer seu funcionamento nem de ter informações sobre o resultado, que são os produtos e serviços oferecidos.

Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade financeira que, via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômico-financeira e, às vezes, até superior à dos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral. No caso de consumidor idoso, a vulnerabilidade é maior e a lei dá, por isso, mais proteção⁵.

No sistema brasileiro que regula as relações de consumo, o legislador optou explicitamente pelo princípio da boa-fé. É verdade que no CDC o fez em dois pontos não muito próprios: o primeiro no capítulo da política nacional de relações de consumo (art. 4º, III⁶), e o segundo na seção das cláusulas abusivas (art. 51, IV⁷), quando o mais adequado seria estabelecer o princípio expressamente como cláusula geral.

De qualquer maneira, como no art. 4º, III, a boa-fé aparece como princípio (é o que diz o *caput*) e como o inciso IV do art. 51 deve ser interpretado como cláusula geral, condição para as demais, não resta dúvida de que no sistema da Lei n. 8.078 a boa-fé é princípio e cláusula geral.

A boa-fé que o CDC incorpora é a chamada boa-fé objetiva, diversa da subjetiva. A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca

⁵ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;"

⁶ "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: (...)

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"

⁷ "Art. 51. 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".

de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois, a falsa crença acerca de uma situação pela qual o detentor do direito acredita na sua legitimidade porque desconhece a verdadeira situação. Nesse sentido, a boa-fé pode ser encontrada em vários preceitos do Código Civil, como, por exemplo, no art. 1.561, quando trata dos efeitos do casamento putativo⁸, nos arts. 1.201 e 1.202, que regulam a posse de boa-fé⁹ etc..

Já a boa-fé objetiva pode ser definida como uma boa regra de conduta, isto é, como a imposição de um dever para as partes agirem conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, mas aquele das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, normalmente, há um desequilíbrio de forças.

Entretanto, para chegar a um equilíbrio real, somente com a análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais, pois o que pode ser abusivo ou exagerado para um não o será para outro e também pela análise do caso concreto, exatamente como foi feito na decisão ora analisada. A abusividade acabou por ser encontrada no caso específico da autora-segurada e não pela avaliação da cláusula inserida no contrato analisado em abstrato. O desequilíbrio e eventual abuso foi aferido no caso concreto.

A boa-fé objetiva funciona, então, como um modelo, um *standard*, que não exige a verificação da má-fé subjetiva do fornecedor ou mesmo do consumidor. Assim, quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes.

E, como antecipado acima, a Lei n. 8.078 incluiu no elenco exemplificativo das nulidades do art. 51 a cláusula incompatível com a boa-fé.

⁸ “Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.”

⁹ “Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.”

“Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.”

No entanto, a inserção da boa-fé como elemento nulificante de uma cláusula somente pode ser entendida se ela for erigida à condição de cláusula geral, norteadora das demais cláusulas contratuais. Isso porque, tecnicamente, quando o intérprete procura identificar alguma violação à boa-fé objetiva, deve, naturalmente, ler e interpretar todas as cláusulas contratuais, todo o contrato. Logo, mesmo constando do rol do art. 51, a condição da boa-fé tem qualidade de cláusula geral.

Dessa maneira percebe-se que a cláusula geral de boa-fé permite que o juiz crie uma norma de conduta para o caso concreto, atendo-se sempre à realidade social e a situação real do consumidor, conforme, repito, foi decidido. Além disso, anoto que essa situação remete à questão da equidade, que comento na sequência.

Observo inicialmente que o conceito de equidade a ser examinado pelo intérprete foi também erigido à condição de cláusula geral, uma vez que aparece ao lado da boa-fé no inciso IV do art. 51.

E, naturalmente, para o intérprete o primeiro sentido de equidade é o antigo e clássico conceito aristotélico. Como expõe o grande filósofo: “O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal do que seja correto. (...). Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão (...). Por isso o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça — não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. E essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade. (...). Torna-se assim bem claro o que seja o equitativo, que ele é justo e é melhor do que uma espécie de justiça”¹⁰.

Mas, como a equidade aparece no CDC na condição de cláusula geral, funciona como princípio de equidade contratual, determinando que o intérprete busque encontrar e manter as partes em equilíbrio na relação obrigacional estabelecida, com o fim de alcançar uma justiça contratual. Assim, por essa via da equidade chega-se ao princípio da equivalência. Este outro princípio (da equivalência contratual) tem aplicação na lei consumerista, mas sempre

¹⁰ Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, Livro V, Cap. X.

com vistas à manutenção de um equilíbrio entre prestações e contraprestações em relação não só ao objeto, mas também às partes, na medida em que é o consumidor vulnerável. Tudo, exatamente como foi decidido no presente caso pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Anoto ainda que, também como decidido, o CDC permite a modificação e a revisão de cláusulas, mas pretende a manutenção do contrato, conforme firmado no § 2º de seu art. 51¹¹. É a partir desse princípio que se pode pensar na eventual modificação das cláusulas contratuais e na revisão das mesmas, o que também foi adotado na decisão em análise.

Por fim, o acórdão mostra como no sistema jurídico brasileiro é possível interpretar-se e aplicar as várias leis existentes a partir de um diálogo entre elas, como bem deixou consolidada a doutrina, em especial a trazida por Cláudia Lima Marques: o diálogo das fontes é fundamental para o funcionamento racional e equilibrado das normas jurídicas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme acima exposto, a decisão ora analisada é um bom exemplo de aplicação dos princípios que norteiam as relações contratuais de consumo e que estão estabelecidos no CDC. É, também, um bom exemplo de como se deve interpretar as várias normas jurídicas estabelecidas, visando um diálogo entre elas para, com isso, cumprir os mandamentos legais de manutenção dos contratos, que devem vigor de forma equilibrada e de acordo com os princípios da boa-fé objetiva e da equidade. Desse modo, o Acórdão comentado atingiu o que sempre se espera para a resolução do conflito: a Justiça no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, 1995.

AMARAL JR., Alberto. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6.

¹¹ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e., et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. , Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* - 4ª ed. São Paulo: RT, 2013.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. *O controle das práticas abusivas pelo princípio da boa-fé*. Monografia apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCSP, 1998.

_____. , et alii. *Código de Defesa do Consumidor interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2013.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 1992.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23-24.

RIZZATTO NUNES. *Comentários à Lei de Plano e Seguro-Saúde.*, 2.a. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *O Código do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, 1996.

_____. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de adesão. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1996.

SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé e as condições gerais dos negócios. *Anais Jurídicos*, Curitiba: Ed. Juruá, 1988.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1986.

RECURSO ESPECIAL N. 1.378.707-RJ (2013/0099511-2)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Omint Serviços de Saúde Ltda.

Advogados: Mauro Vinícius Sbrissa Tortorelli

Erika Feitosa Chaves

Luisa Medrado Castro da Paz e outro(s)

Recorrido: Octávio Franzim Stipp

Advogado: Dalvo Pessoa de Oliveira Miranda

Agravante: Omint Serviços de Saúde Ltda.

Advogados: Mauro Vinícius Sbrissa Tortorelli e outro(s)

Luisa Medrado Castro da Paz

Agravado: Octávio Franzim Stipp

Advogado: Dalvo Pessoa de Oliveira Miranda

EMENTA

Recurso especial. Plano de saúde. Serviço de *home care*. Cobertura pelo plano de saúde. Dano moral.

1 - Polêmica em torna da cobertura por plano de saúde do serviço de “*home care*” para paciente portador de doença pulmonar obstrutiva crônica.

2 - O serviço de “*home care*” (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde.

3 - Na dúvida, a interpretação das cláusulas dos contratos de adesão deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor. Inteligência do Enunciado Normativo do art. 47 do CDC. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema.

4 - Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (*home care*) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio

contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital.

5 - Dano moral reconhecido pelas instâncias de origem. Súmula n. 7-STJ.

6 - *Recurso especial a que se nega provimento.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) (voto-vista), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Omint Serviços de Saúde Ltda.*, fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Agravo inominado. Plano de saúde. Home care. Suspensão. Abusividade. Decisão da relatora que negou seguimento aos re-cursos de apelação. Sem razão a recorrente, uma vez que a decisão monocrática está pautada em jurisprudência dominante deste Tribunal, no sentido de que o tratamento domiciliar, conhecido como home care, é desdobramento do atendimento hospitalar contratualmente previsto e, por tal razão, a limitação ou recusa constitui conduta abusiva e ilegal, ferindo a boa-fé objetiva e ensejando indenização por dano moral. Desprovimento do recurso.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados com a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC.

No recurso especial, fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, o recorrente alega (i) violação ao art. 538 do CPC, uma vez que o recurso

foi oposto para fins de prequestionamento; (ii) violação ao art. 557 do CPC, pois entende que o recurso de apelação não poderia ter sido decidido de forma monocrática pela então Relatora; (iii) violação ao art. 12 da Lei n. 9.656/1998 e ao art. 54, § 4º, do CDC, porquanto entende que “não constando o serviço de *home care* do rol de coberturas previstas no contrato de plano de saúde do recorrido, não pode a Omint ser obrigada a custear as referidas despesas” (fl. 615, e-STJ) e (iv) ao fim, sustenta a inexistência do dano moral.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 638-650, e-STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas. A questão central devolvida à apreciação deste colegiado situa-se em torno da verificação do dever da empresa operadora de plano de saúde de custear o tratamento domiciliar de paciente mediante o serviço conhecido como *home care*.

A questão é relevante, pois o paciente é portador de doença obstrutiva crônica, tendo sido essa forma de tratamento prescrita por seu médico assistente até que possa caminhar sem auxílio da equipe de enfermagem.

Ressalto que tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem, à luz das provas apresentadas, julgaram procedente o pedido para que o referido serviço seja prestado.

Segue, para efeito de cotejo, o que restou considerado pelo Tribunal de origem para negar provimento ao recurso de apelação, *in litteris*:

Na espécie, é incontroverso que, antes do ajuizamento da demanda, a ré determinou a redução do tempo do *home care*, objetivando a respectiva suspensão, sem comprovar, contudo, que o paciente não mais necessitava do referido atendimento.

O documento de fl. 18, em contrapartida, comprova a necessidade de manutenção do serviço.

A ressaltar que a circunstância de ter sido autorizado o serviço em epígrafe depois do ajuizamento da demanda, mas antes da decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, não torna lícita a recusa inicial e só influi no arbitramento da indenização.

A alegação da empresa recorrente é de que, “não constando o serviço de *home care* do rol de coberturas previstas no contrato de plano de saúde do recorrido, não pode a Omint ser obrigada a custear as referidas despesas” (fl. 615, e-STJ).

Na realidade, o contrato de plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura securitária, mas não pode restringir a modalidade de tratamento a ser ministrado ao paciente.

Mais, o serviço de *home care*, conforme corretamente indicado no acórdão recorrido, constitui “desdobramento do atendimento hospitalar contratualmente previsto” (e-STJ, fl. 588).

Não se esqueça, nesse ponto, a jurisprudência sumulada desta Corte de que não pode haver sequer limitação de prazo de internação hospitalar, *verbis*:

É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado. (Súmula n. 302, 2ª Seção, julgado em 18.10.2004, DJ 22.11.2004, p. 425)

O serviço de *home care*, quando necessário, como no caso, mostra-se, a rigor, menos oneroso para o plano de saúde do que manter o paciente hospitalizado.

Além disso, a alegação da ausência de previsão contratual não beneficia o recorrente, pois, na dúvida, acerca das estipulações contratuais, deve preponderar a mais favorável ao segurado como aderente de um contrato de adesão.

Trata-se, na realidade, de hipótese clara de aplicação das regras especiais de interpretação dos contratos de adesão ou dos negócios jurídicos standardizados, que estão devidamente positivadas em nosso sistema jurídico.

Assim, o aparente conflito interpretativo de cláusulas contratuais deve ser solucionado em benefício do consumidor, nos termos do disposto no art. 47 do CDC, *verbis*:

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Note-se que os contratos de planos de saúde, além de constituírem negócios jurídicos de consumo, estabelecem a sua regulamentação mediante cláusulas contratuais gerais, ocorrendo a sua aceitação por simples adesão pelo segurado.

Consequentemente, a interpretação dessas cláusulas contratuais segue as regras especiais de interpretação dos negócios jurídicos estandardizados, inclusive o disposto no art. 47 do CDC.

A principal regra especial de interpretação ligada as cláusulas predispostas em contratos de adesão ou em condições contratuais gerais é exatamente esta, estabelecendo que, havendo dúvidas, imprecisões ou ambigüidades no conteúdo de um negócio jurídico, deve-se interpretar as suas cláusulas do modo mais favorável ao aderente.

Como o predisponente teve a possibilidade de pré-estabelecer todo o conteúdo do contrato, as imprecisões, dúvidas e ambigüidades das cláusulas predispostas interpretam-se contrariamente aos seus interesses.

Portanto, esta regra estabelece, em síntese, que, na dúvida, a interpretação será contrária aos interesses do predisponente ou a mais favorável aos do aderente.

Representa a versão moderna do princípio, que lança suas raízes no direito romano, da *interpretatio contra stipulatorem* ou da *interpretatio contra proferentem*, acolhida pelas codificações modernas, como o art. 1.162 do Código Civil Francês de 1804 (“*Dans le doute, la convention s’interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l’obligation.*” ou, em tradução livre, “na dúvida, interpreta-se a convenção contra aquele que a estipulou e em favor daquele que contraiu a obrigação”).

Não se deve, entretanto, confundir esse antigo cânone hermenêutico do direito romano com a sua versão moderna forjada para a interpretação dos contratos estandardizados.

Enzo Roppo anota com pertinência que não se trata de “mera transcrição do princípio romanístico da *interpretatio contra stipulatorem*”, pois o fenômeno da contratação estandardizada era ignorado no mundo romano, mas de uma diretiva objetiva para “tutela do contratante débil contra as imposições dos esquemas negociais unilateralmente predispostos.” (ROPPO, Enzo. *Contratti Standard*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 220).

No direito alemão, a jurisprudência construiu a regra de que, nas condições contratuais gerais, a interpretação deve ser desenvolvida em favor da parte que se submete e contra quem dispôs as condições negociais gerais (*Unklarheitenregel*). Ela foi consagrada pelo § 5º da *AGB Gesetz* de 1976, quando estabeleceu: “Por ocasião da interpretação das condições negociais gerais, as dúvidas correm a cargo do estipulante.”

Alfred Rieg explica, ainda, que, “para a aplicação do § 5º, é indispensável que a cláusula litigiosa seja efetivamente ambígua, sendo suscetível de várias significações. A ‘regra da imprecisão’ não permite que se confira a uma cláusula clara uma interpretação favorável ao cliente e desfavorável ao estipulante”. (RIEG, Alfred. *Republique Fédérale d’Allemagne. Revue internationale de droit comparé*, Paris, ano 34, v. 3, 1982, p. 924)

Nos Estados Unidos, entre os critérios de interpretação dos *standard forms contracts*, está também incluída a *contra proferentem rule*.

Farnsworth observa que uma das técnicas de limitação judicial das cláusulas dos *standardized agreements* é a interpretação da linguagem *contra proferentem*. Cita como exemplo o caso *Galligan v. Arovitch* que versava acerca de um locatário de um prédio que se lesionou em uma queda no gramado (*lawn*) do imóvel, tendo processado o proprietário por manutenção negligente. No contrato predisposto, havia uma cláusula que excluía a responsabilidade (*liability for injury*) em diversas situações pelo uso de elevadores, escadas e, inclusive, da calçada (*sidewalk*). A Corte interpretou restritivamente essa cláusula contra o proprietário, entendendo que gramado (*lawn*) não se confunde com calçada (*sidewalk*), e não afastando a responsabilidade. (FRANSWORTH, E. Allan. *Fransworth on Contracts*. Boston: Little, Brown and Company, 1990. p. 484-485).

No direito português, a regra da *interpretatio contra proferentem* foi acolhida de modo peculiar pelo Decreto-Lei n. 446/1985, estabelecendo o seu art. 11: “1. As cláusulas contratuais gerais ambíguas têm o sentido que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real. 2. Na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente.”

Almeida Costa e Menezes Cordeiro explicam que a interpretação da cláusula é feita em dois momentos. Inicialmente, tenta-se “o sentido deduzido pelo aderente médio colocado na posição de aderente real” no esquema geral de direito privado (art. 236, n. do Código Civil português). Prosseguem os autores portugueses: “Esgotadas todas as hipóteses, quando se mantenha a ambigüidade de alguma cláusula contratual incluída num contrato singular, aplica-se a regra do n. 2: prevalece o sentido mais favorável ao aderente.” E arrematam no sentido de que esses deveres de clareza têm sua fonte no princípio da boa-fé. (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, e MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 32).

A Diretiva Européia n. 93/13/CEE, em seu art. 5º, estatuiu que, “em caso de dúvida sobre o sentido de uma cláusula, prevalecerá a interpretação mais favorável para o consumidor.”

No direito brasileiro, o Código Comercial de 1850, ao elencar em seu art. 131 as principais regras de interpretação, concluía o rol com a seguinte norma: “5. nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.” Essa regra, porém, nunca recebeu a devida atenção pela doutrina e pela jurisprudência.

Apenas mais recentemente, na esteira do direito comparado, quando a regra foi consagrada pelo Código do Consumidor de modo bastante amplo, para todos os contratos de consumo, e não apenas para os contratos de adesão (Art. 47), passou a ser devidamente valorizada. Essa regra é complementada pelo art. 54, § 3º, do CDC (“Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”).

Sérgio Cavaliere Filho anota, com sua habitual clareza, o seguinte:

“Em outras palavras, essa é a sábia regra do art. 47 do CDC: quem escreve não tem a seu favor o que escreveu. E não somente as cláusulas ambíguas dos contratos de adesão se interpretam em favor do aderente, contra o estipulador, mas o contrato de consumo como um todo. A regra geral, assevera Cláudia Lima Marques, é que se interprete o contrato de adesão, especialmente as suas cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o instrumento. É a famosa interpretação contra proferente ((CAVALIERI FILHO, *Sérgio. Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 143).

O Código Civil de 2002 também acolheu expressamente essa regra especial de interpretação para os contratos de adesão no art. 423, mas estabeleceu um enunciado normativo mais restritivo: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

Além de tratar apenas dos contratos de adesão, o legislador do Código Civil estabeleceu como pressuposto para a incidência da regra a ocorrência de cláusulas ambíguas ou contraditórias.

Não se exige que o contratante favorecido pela obscuridade ou ambigüidade seja o redator das cláusulas contratuais, podendo também ocorrer que ele tenha adotado um modelo existente.

Nesse ponto, merece lembrança a possibilidade dos contratos de dupla adesão em que as duas partes acolhem um modelo pré-estabelecido.

No Brasil, esses contratos de dupla adesão têm aparecido com cada vez maior freqüência nos negócios celebrados por empresas controlados pelo poder público em que o seu conteúdo é estabelecido por regulamentos administrativos elaborados por agências reguladoras (ex.: telefonia, energia elétrica, consórcios, seguro, sistema financeiro de habitação, saúde suplementar).

De todo modo, a inspiração do legislador brasileiro na elaboração da regra do art. 423 do novo Código Civil foi a norma do art. 1.370 do Código Civil Italiano: “As cláusulas inseridas nas condições gerais dos contratos (art. 1.341) ou em módulos ou formulários predispostos por um dos contratantes (art. 1.342) interpretam-se, na dúvida, em favor do outro.”

Enzo Roppo insere essa regra nos modos de controle judicial do *conteúdo* dos contratos de adesão ou das condições contratuais gerais.

Guido Alpa explica que essa regra de interpretação, no direito italiano, tem sido acolhida pela jurisprudência com caráter subsidiário para as hipóteses em que exista dúvida ou obscuridade na cláusula, sendo, por isso, raras as decisões que fazem uso da norma do art. 1.370 do CC Italiano para o controle de contratos de adesão. (ALPA, Guido, e RAPISARDA, Cristina. *Il Controllo dei Contratti per Adesione*. Rivista del Diritto Commerciale, Ano LXXXVII, 1989, p. 556).

No direito brasileiro, diversamente, esta tem-se constituído, na prática, na principal regra de interpretação dos negócios jurídicos standardizados, sendo utilizada, com freqüência, expressa ou implicitamente, pela jurisprudência dos principais tribunais brasileiros.

O Superior Tribunal de Justiça, invocando as regras do art. 47 e do art. 54, § 3º, do CDC, tem feito uso com freqüência dessa regra de interpretação para negócios standardizados, inclusive em contratos de seguro-saúde, que, via de regra, estão submetidos a condições negociais gerais.

O STJ, no caso de um segurado submetido a transplante, em que se discutia acerca da interpretação da cláusula contratual reguladora da cobertura desse tratamento, em face de sua redação dúbia, determinou o pagamento das despesas médico-hospitalares, *verbis*:

Direito Civil. Contrato de seguro-saúde. Transplante. Cobertura do tratamento. Cláusula dúbia e mal redigida. Interpretação favorável ao consumidor. Art. 54,

§ 4º, CDC. Recurso especial. Súmula-STJ, Enunciado n. 5. Precedentes. Recurso não-conhecido. I – Cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de determinado tratamento, tem-se o reexame de cláusula contratual como procedimento defeso no âmbito desta Corte, a teor de seu Verbete Sumular n. cinco. II - Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga. (STJ, 3ª T., REsp n. 311.509-SP, Relator Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, Publicado no DJ de 25.6.2001, p. 196, JBCC Vol. 193, p. 87).

Em outro caso, o recurso especial discutia a validade e a eficácia de cláusula limitativa de cobertura securitária, tendo sido feita novamente aplicação da regra interpretativa em questão, *verbis*:

Ações cominatória, indenização e cautelar. Contrato de cobertura médico-hospitalar (seguro-saúde). Cláusula limitativa. Contrato de adesão. Interpretação a favor do aderente. O reexame do conjunto probatório e a exegese de cláusulas contratuais são tarefas imunes ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, consoante a orientação Sumulada nos Verbetes n. 5 e n. 7. Estabelecida a premissa acerca da dubiedade da cláusula inserta em contrato de adesão, deve ela ser interpretada a favor do aderente. Ajuste do dano moral aos valores usualmente fixados pela Corte. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ, 4ª T., REsp n. 435.241-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Publicada no DJ de 30.6.2003, p. 55.508).

Mais recentemente, merece lembrança o seguinte precedente desta Corte:

Civil. Consumidor. Seguro. Apólice de plano de saúde. Cláusula abusiva. Limitação do valor de cobertura do tratamento. Nulidade decretada. Danos material e moral configurados. Recurso especial provido.

1. É abusiva a cláusula contratual de seguro de saúde que estabelece limitação de valor para o custeio de despesas com tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar.

2. O sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem, porém,

com cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação, as quais são abusivas.

3. Na espécie, a seguradora assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Todavia, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, ao estabelecer um valor máximo para as despesas hospitalares, tornando, assim, inócuo o próprio objeto do contrato.

4. A cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade.

5. É de rigor o provimento do recurso especial, com a procedência da ação e a improcedência da reconvenção, o que implica a condenação da seguradora ao pagamento das mencionadas despesas médico-hospitalares, a título de danos materiais, e dos danos morais decorrentes da injusta e abusiva recusa de cobertura securitária, que causa aflição ao segurado.

6. Recurso especial provido. (REsp n. 735.750-SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 14.2.2012, DJe 16.2.2012)

Enfim, esta regra da *interpretatio contra proferentem* tem-se constituído no principal cânone hermenêutico especial dos negócios standardizados no direito brasileiro, tendo plena aplicação no caso diante da divergência estabelecida nas instâncias ordinárias acerca do exato sentido da cláusula limitativa da cobertura securitária.

Desse modo, deve ser reconhecida a abusividade da negativa do plano de saúde em cobrir as despesas do serviço de *home care*, necessário ao tratamento do paciente segurado e, em último, imprescindível para a sua própria sobrevivência.

Finalmente, mesmo nos casos de expressa exclusão da cobertura mediante o serviço de *home care*, tem sido reconhecida a abusividade dessa cláusula contratual.

Nesse sentido, merece lembrança o seguinte precedente específico da Quarta Turma do STJ:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Alegação de ofensa aos artigos 458, II, e 535 do CPC. Prazo prescricional. Ausência de comprovação da data da recusa do pagamento pela seguradora. Súmula n. 7-STJ. Tratamento *home care*. Recusa indevida. Agravo regimental não provido.

1. Não há ofensa aos artigos 458, II, e 535 do CPC, se o Tribunal dirimiu as questões que lhe foram submetidas e apresentou os fundamentos nos quais suportou suas conclusões, e manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide.

2. Firmado no acórdão estadual que a Seguradora não se incumbiu de “demonstrar as datas em que, inequivocamente, a segurada teve seus pedidos de pagamentos de despesas negados”, termo a partir do qual se iniciaria o lapso prescricional, o exame da irresignação recursal esbarra na Súmula n. 7 do STJ.

3. De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, *sendo abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde ou a vida do segurado*.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.325.939-DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 3.4.2014, DJe 9.5.2014)

Portanto, não merece acolhida a alegação recursal central relativa ao serviço de *home care*.

Quanto a alegação de inexistência do dano moral, o pedido de reforma do acórdão recorrido não pode ser conhecido, uma vez que, no ponto, o recorrente não indicou qual dispositivo de legal federal teria sido violado pelo Tribunal de origem em razão da manutenção da condenação em danos morais imposta pela sentença, o que atrai, por analogia, a aplicação da Súmula n. 284 do STF.

Destaque-se, ainda, que a mera alegação de que o pedido de dano material foi julgado improcedente, por si só, não conduz à inevitável conclusão de que os danos morais seriam incabíveis na espécie.

Ademais, ainda que ultrapassado o referido óbice, rever tal entendimento, de que restou caracterizado o dano moral na espécie, não é possível na via estreita do recurso especial, diante do Enunciado da Súmula n. 7 deste Tribunal.

Ressalte-se, por fim, nesse tópico, que o montante arbitrado pela sentença a título de indenização por danos morais (oito mil reais), confirmado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mostra-se bastante razoável, inclusive aquém dos valores arbitrados por esta Corte em situações análogas.

Quanto à suposta ofensa ao art. 557 do CPC, constata-se que o julgamento monocrático da apelação foi apreciado pelo órgão colegiado competente do Tribunal de origem, que manteve a decisão por seus próprios fundamentos, não havendo se falar, portanto, em afronta ao princípio da colegialidade.

Ainda assim, carece de interesse recursal o recorrente, uma vez que, na esteira da jurisprudência desta Corte, se a questão for submetida ao órgão colegiado fica prejudicada a análise da questão em sede especial.

No mesmo sentido:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso especial. Processual Civil. Violação ao artigo 557 do CPC. Decisão confirmada por órgão colegiado em sede de agravo regimental. Análise prejudicada.

Fica prejudicada a análise da violação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, quando a decisão monocrática for confirmada por julgamento colegiado. Agravo improvido. (*AgRg no Ag n. 1.021.484-GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16.9.2008, DJe 8.10.2008*)

Por fim, no tocante à aventada ofensa ao art. 538, parágrafo único, do CPC, elidir as conclusões do aresto impugnado quanto ao caráter protelatório dos embargos de declaração, demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada nesta sede especial a teor da Súmula n. 7 deste Tribunal.

Nesse sentido:

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Servidor público municipal. Indenização. Demora na concessão da aposentadoria. Multa por embargos protelatórios. Aplicada pelo Juízo de 1º Grau. Revisão. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF.

1. Afastar as conclusões a que chegou o juízo de primeiro grau de que os embargos de declaração contra a sentença de piso foram protelatórios demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, nos termos do Enunciado n. 7 da Súmula deste Pretório.

[...]

3. Recurso especial não conhecido. (*REsp n. 1.370.852-SP, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 28.8.2013*)

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Servidor público. Punição administrativa. Prazo prescricional. Acórdão com fundamento inatacado. Súmulas n. 283 e n. 284 do STF. Multa do art. 538 do CPC. Não afastamento. Súmula n. 7 do STJ.

[...]

2. No caso, não se pode afastar a aplicação da multa do art. 538 do CPC, pois, considerando-se que “a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC” (EDcl no AgRg no Ag n. 1.115.325-RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011), não há como se rever a multa aplicada pelo Tribunal de origem, pois a aferição do caráter protelatório, no caso, depende do reexame fático-probatório (Súmula n.

7 do STJ), mormente à míngua de qualquer tese recursal que impugnasse o fato interruptivo descrito no acórdão *a quo*.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.418.588-RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 30.11.2012)

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Noticiam os autos que *Octávio Franzim Stipp* ajuizou ação ordinária contra *Omint Serviços de Saúde Ltda.* buscando a continuidade da prestação de serviço assistencial médico em domicílio (serviço *home care*), a ser custeado pelo plano de saúde. Requereu também a reparação dos danos materiais e morais sofridos pela interrupção do tratamento terapêutico-domiciliar.

A demandada, por seu turno, alegou ser legítimo o ato impugnado, pois no contrato celebrado entre as partes não havia a cobertura de internação domiciliar, tendo ocorrido a aprovação temporária do procedimento por mera liberalidade. Asseverou, ainda, que a imposição de despesas não previstas acarreta desequilíbrio contratual.

O magistrado de primeiro grau, entendendo que foi ilegal a suspensão do serviço de *home care*, julgou parcialmente procedente o pedido autoral para determinar a continuidade da internação domiciliar e para condenar a ré a pagar o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de danos morais.

Interpostas apelação e apelação adesiva, ambas tiveram o seguimento negado por decisão monocrática. O agravo inominado interposto em seguida também não foi provido. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Agravo inominado. Plano de saúde. *Home care*. Suspensão. Abusividade. Decisão da relatora que negou seguimento aos recursos de apelação.

Sem razão a recorrente, uma vez que a decisão monocrática está pautada em jurisprudência dominante deste Tribunal, no sentido de que o tratamento domiciliar, conhecido como *home care*, é desdobramento do atendimento hospitalar contratualmente previsto e, por tal razão, a limitação ou recusa constitui conduta abusiva e ilegal, ferindo a boa-fé objetiva e ensejando indenização por dano moral. *Desprovimento do recurso* (fl. 588).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, com imposição de multa por protelação (fl. 602).

No especial, a recorrente aponta violação dos arts. 538 e 557 do Código de Processo Civil (CPC), 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e 12 da Lei n. 9.656/1998.

Sustenta, em síntese: a) ilegalidade na aplicação da multa protelatória, pois os embargos de declaração opostos visavam o prequestionamento de dispositivos legais, b) nulidade processual, visto que as apelações interpostas não comportavam julgamento monocrático, c) legalidade do ato de interrupção da internação domiciliar, porquanto o serviço de *home care* não está incluído no rol de coberturas previstas no plano de saúde contratado, não sendo desdobramento da cobertura hospitalar, e d) inexistência de dano moral.

Levado o feito a julgamento pela egrégia Terceira Turma, em 12.5.2015, após a prolação do voto do Relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, negando provimento ao recurso especial, pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia e ora apresento meu voto.

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia a saber se o tratamento domiciliar (home care) constitui desdobramento do tratamento hospitalar, devendo ser custeado pelas operadoras de plano de saúde mesmo na ausência de contratação específica.

De início, impende asseverar que, segundo a Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n. 11/2006 da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), as ações de promoção à saúde, prevenção, tratamento de doenças e reabilitação desenvolvidas em domicílio (*atenção domiciliar*) podem se dar nas modalidades de (i) *assistência domiciliar*, entendida como o conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas desenvolvidas em domicílio, e (ii) *internação domiciliar*, conceituada como o conjunto de atividades prestadas no domicílio, caracterizadas pela atenção em tempo integral ao paciente com quadro clínico mais complexo e com necessidade de tecnologia especializada.

No âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, a atenção domiciliar foi disciplinada no art. 19-I da Lei n. 8.080/1990, incluído pela Lei n. 10.424/2002, bem como na Portaria n. 2.029/2011 do Ministério da Saúde.

Ademais, a assistência e a internação domiciliares também estão regulamentadas nas Resoluções n. 270/2002 e n. 464/2014 do Conselho Federal

de Enfermagem (Cofen) e na Resolução n. 1.668/2003 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Todavia, *na Saúde Suplementar*, o tratamento médico em domicílio não foi incluído no rol de procedimentos mínimos ou obrigatórios que devem ser oferecidos pelos planos de saúde. Com efeito, o *home care* não consta das exigências mínimas para as coberturas de assistência médico-ambulatorial e de internação hospitalar previstas na Lei n. 9.656/1998.

Apesar disso, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, atenta aos princípios que regem o setor, tais como a incorporação de ações de promoção da saúde e prevenção de riscos e doenças e a integralidade das ações na segmentação contratada (art. 3º, II, III e parágrafo único, da Resolução Normativa - RN n. 338/2013), assim normatizou a questão na RN/ANS n. 338/2013:

Das Coberturas Assistenciais

(...)

Art. 13. *Caso a operadora ofereça a internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, com ou sem previsão contratual, deverá obedecer às exigências previstas nos normativos vigentes da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e nas alíneas c, d e e do inciso II do artigo 12 da Lei n. 9.656, de 1998.*

Parágrafo único. *Nos casos em que a assistência domiciliar não se dê em substituição à internação hospitalar, esta deverá obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes (grifou-se).*

Verifica-se, desse modo, que a atenção domiciliar nos planos de saúde não foi vedada, tampouco tornou-se obrigatória, devendo obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes, respeitados os normativos da Anvisa no caso da internação domiciliar. Além disso, dependendo do contrato, nem sempre pacientes que necessitem de cuidados domiciliares especiais se enquadrarão nos critérios de adoção do serviço de *home care*, dada a gama de situações peculiares existentes.

Feitas essas considerações, falta definir se nos casos recomendados de internação domiciliar em substituição à internação hospitalar há a obrigatoriedade de custeio desse tratamento pela operadora de plano de saúde na ausência de prévia contratação.

Como cediço, o serviço de saúde domiciliar não só se destaca por atenuar o atual modelo hospitalocêntrico, trazendo mais benefícios ao paciente, pois

terá tratamento humanizado junto da família e no lar, aumentando as chances e o tempo de recuperação, sofrendo menores riscos de reinternações e de contrair infecções e doenças hospitalares, mas também, em muitos casos, é mais vantajoso para o plano de saúde, já que há a otimização de leitos hospitalares e a redução de custos: diminuição de gastos com pessoal, alimentação, lavanderia, hospedagem (diárias) e outros.

Sobre o tema, a seguinte lição de Elida Séguin:

(...)

1.11. Programas de Saúde - Home Care

Medicina domiciliar, do termo inglês Home Care, cuidado no lar, designa um conjunto de procedimentos hospitalares que podem ser feitos em casa, visando uma recuperação mais rápida de pacientes crônicos dependentes, crônicos dependentes agudizados, gestantes, pós-cirúrgicos e terminais, dentro de um atendimento personalizado, com a participação da família no tratamento, humanizando-o e evitando a possibilidade de infecção hospitalar. (...)

(...)

(...) No final do século XX este programa teve um grande crescimento, passando a ser utilizado também para evitar co-patologias decorrentes de longa hospitalização e infecção hospitalar.

(...) Claro que a Gestão do Plano considera o custo/benefício, mesmo assim, nem todos os casos podem ser objeto de home care; somente aqueles com indicação médica de alta com cuidados domiciliares e onde existe na família um cuidador. A Lei n. 9.656/1998 instituiu procedimentos mínimos a serem cobertos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde. A maioria dos planos de saúde cobre este tipo de serviço, pelas vantagens que traz para o paciente e para o Plano.

Alguns benefícios terapêuticos não são atingidos em unidade hospitalar, pois o atendimento, dentro da atmosfera familiar, proporciona uma recuperação mais rápida e eficaz num espaço menos agressivo e afastado o risco de infecções hospitalares e quadros depressivos, comuns durante hospitalizações prolongadas.

Para que o Plano de Saúde admita o procedimento é necessária uma análise da viabilidade da implantação, inclusive a real necessidade de um atendimento domiciliar, a indicação pelo médico assistente, a solicitação da família e a concordância do próprio paciente. Nestes casos, surgem as Fichas de Solicitação de Atendimento em Domicílio (SAD).

O auditor do Plano deverá opinar para liberar o procedimento que exige várias figuras, como a do cuidador e os membros que compõem a equipe (médico, nutricionista, assistente social, enfermagem, fisioterapia, psicologia, fonoaudióloga).

(...)

*Neste programa o paciente não arca com o custo dos medicamentos e de materiais para curativo, seringas etc., que ficam por conta do Plano de Saúde, **como quando ele está internado**. O lixo médico produzido é recolhido pelo Programa, pelo menos uma vez por semana, não misturando o resíduo do tratamento com o doméstico.*

O tempo de duração do *home care* dependerá do caso. Às vezes a avaliação é no sentido de que o paciente não necessita de acompanhamento 24 horas por dia, apenas 12, por exemplo. Se a família desejar o atendimento integral, deverá pagar a diferença.

(SÉGUIN, Elida. **Plano de Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 46-48 - grifou-se)

Relevantes também são as seguintes ponderações de Letícia Rosa Santos:

(...)

Vários estudos apontam que o cuidado domiciliar diminui o tempo médio de internação hospitalar, reduz o número de reinternações, reduz custos de atenção à saúde, aumenta a aderência ao tratamento do paciente sob assistência domiciliar. Além disso, nota-se a melhora da qualidade de vida do paciente e familiar (...). Portanto, tal estratégia proporciona maior conscientização ao paciente e cuidador do quadro patológico atual e, conseqüentemente, maior autonomia no tratamento, bem como as prioridades de cuidado ao paciente no domicílio são muito diferentes do cuidado realizado no hospital.

(...)

Os custos relacionados ao sistema de saúde são sempre questões preocupantes para os envolvidos com a área. *Estudos mostram que as intervenções na assistência domiciliária equivalem a aproximadamente um terço do custo das intervenções realizadas em ambiente hospitalar sendo seu custo médio diário de paciente em cuidado domiciliar de R\$ 6,48, bem inferior ao dos pacientes internados.*

O modelo de cuidado domiciliar apresenta inúmeras vantagens para instituições e sistemas de saúde; entre elas, reduzir o custo do tratamento, diminuir o número de diárias, baixar os custos dos serviços de saúde (gastos com instalações e equipamentos), não pagar serviços cobrados por pacotes (como taxa de aplicações soro, etc.).

Esta modalidade de cuidado nas instituições permite uma maior rotatividade de seus leitos, otimizando a dinâmica de ocupação dos mesmos. A transferência dos pacientes crônicos e convalescentes para o cuidado domiciliar libera o leito hospitalar, abrindo espaço para pacientes instáveis que precisam realmente de

UTI, cirurgias, politraumatizados e outras enfermidades agudas, ampliando assim a oferta de leitos, diminuindo a média de permanência hospitalar, as reinternações e, conseqüentemente, os custos assistenciais. Além disso, o paciente crônico gera menor receita em sua estada/dia para as instituições e sistemas de saúde, o que o tornaria um paciente ideal para ser indicado ao cuidado domiciliar.

A otimização de leitos acarretará uma maior margem de lucro pelo fato da instituição não precisar elevar o seu efetivo de pessoal, mas permitirá capacitá-lo melhor com treinamentos mais específicos. Por sua vez, o dinheiro que seria destinado a obras de expansão poderia ser canalizado para a melhoria do atendimento, aquisição de equipamentos mais modernos e outras prioridades antes não previstas.

A implantação de serviços de saúde domiciliar pode ser a estratégia que possibilitará um maior aproveitamento dos leitos hospitalares, oferecendo serviços de saúde ao público com maior eficiência e economia possíveis, reduzindo custos através da diminuição tanto do tempo das estadas nos hospitais quanto dos índices de internação, hospitalar.

(...)

*É importante ressaltar, no entanto, que **isso não significa que a assistência domiciliar seja “barata”, mas que, comparativamente ao sistema hospitalar, seu custo é significativamente inferior.***

(...)

E, como salientado, a redução do tempo de internação e reinternações não traz somente vantagens para as instituições no que tange aos custos, mas também aos indivíduos que correm menos riscos em consequência das hospitalizações, e propicia a utilização dos leitos por um número maior de pessoas, ampliando a oferta de leitos, ou seja, agiliza a liberação de leitos da unidade hospitalar destinados a doentes passíveis de hospitalização ou a portadores de casos mais graves.

Diante dos custos hospitalares elevados e do baixo benefício resultantes das internações, os cuidados secundários estão sendo deslocados para os ambulatórios e para o domicílio do cliente. Pois a manutenção do atual modelo centrado na hospitalização significará criar uma situação de superlotação das unidades hospitalares, ocupadas por doentes idosos, com doenças crônico-degenerativas, aumentando os custos da assistência à saúde e comprometendo a qualidade do atendimento.

(...)

O atual contexto econômico e social, com um aumento crescente da demanda dos serviços de saúde, necessita de um modelo de atenção à saúde que otimize os recursos escassos. *Desta forma, o cuidado domiciliar surge como modelo harmônico*

com a economia vigente e que propicia uma adequada assistência às necessidades dos usuários.

(SANTOS, Letícia Rosa. Princípios Éticos como Norteadores no Cuidado Domiciliar. **Ciência e Saúde Coletiva**, Abrasco, v. 16, suplemento 1, mar. 2011, p. 857-859 - grifou-se).

Logo, qualquer cláusula contratual ou ato da operadora de plano de saúde que importe em absoluta vedação da internação domiciliar como alternativa de substituição à internação hospitalar será abusivo, visto que se revela incompatível com a equidade e a boa-fé, colocando o usuário (consumidor) em situação de desvantagem exagerada (art. 51, IV, da Lei n. 8.078/1990).

Cumprе ressaltar, por outro lado, que *o home care não pode ser concedido de forma automática, tampouco por livre disposição ou comodidade do paciente e de seus familiares.*

Efetivamente, na ausência de regras contratuais que disciplinem a utilização do serviço, a internação domiciliar pode ser obtida não como extensão da internação hospitalar, mas como conversão desta. Assim, para tanto, há a necessidade (i) de haver condições estruturais da residência, (ii) de real necessidade do atendimento domiciliar, com verificação do quadro clínico do paciente, (iii) da indicação do médico assistente, (iv) da solicitação da família, (v) da concordância do paciente e (vi) da não afetação do equilíbrio contratual, como nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia não supera o custo diário em hospital.

Isso porque, nesses casos, como os serviços de atenção domiciliar não foram considerados no cálculo atuarial do fundo mútuo, a concessão indiscriminada deles, quando mais onerosos que os procedimentos convencionais já cobertos e previstos, poderá causar, a longo prazo, desequilíbrio econômico-financeiro do plano de saúde, comprometendo a sustentabilidade das carteiras.

De qualquer modo, quando for inviável a substituição da internação hospitalar pela internação domiciliar apenas por questões financeiras, a operadora deve sempre comprovar a recusa com dados concretos e dar oportunidade ao usuário de complementar o valor de tabela.

Nesse passo, acerca do equilíbrio contratual, cabe conferir a doutrina de Guilherme Valdetaro Mathias:

(...)

Assim, **é fundamental que o julgador, ao examinar as questões atinentes aos contratos celebrados entre usuários e plano de saúde, leve em consideração o mutualismo e a estrutura técnico-econômica, tendo sempre presente a ideia de que a concessão de benefícios não cobertos e a criação de novos direitos sem amparo contratual desfalcarão o fundo mútuo, formado pelas contribuições da coletividade de segurados, que será diretamente atingida por aquela decisão. É preciso não esquecer que os abusos e os excessos de alguns segurados, ao fim e ao cabo, serão custeados pelos demais segurados que fazem uso dos planos com parcimônia e prudência.**

(...)

(...) as intrincadas e relevantes relações entre usuários e operadoras de planos de saúde são reguladas pela Lei n. 9.656/1998, sofrendo forte influência do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Os princípios da nova teoria contratual, mormente a boa-fé objetiva, são fundamentais para a resolução dos conflitos, pois, além de obrigar as partes - todas elas, usuários, operadoras, médicos e hospitais - atuem com lealdade e cooperação, *levam os julgadores a buscar as soluções que preservem o equilíbrio dos contratos e as justas expectativas das partes. É preciso, ainda, notar que o equilíbrio a ser preservado não é apenas aquele relativo à relação entre o usuário e o plano de saúde. Fundamental que se preserve o equilíbrio da relação entre o usuário e a coletividade (mutualismo), de modo a impedir os desfalques desnecessários e desarrazoados do fundo comum.*

(MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de Saúde**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 110-116 - grifou-se)

Na espécie, embora a cobertura de home care não tenha sido contratada, a recorrente ofereceu o serviço como alternativa ao tratamento hospitalar, de modo que não poderia tê-lo interrompido, ainda que temporariamente, sem a prévia aprovação ou recomendação médica, ou ao menos sem ter disponibilizado ao paciente a reinternação em hospital, sendo descabida a alegação de mera liberalidade em seu fornecimento. Essa atitude abusiva da operadora de plano de saúde gerou, de fato, danos morais, pois submeteu o usuário em condições precárias de saúde (acometido de doença pulmonar obstrutiva crônica) à situação de grande aflição psicológica e tormento interior, que ultrapassa o mero dissabor. Ademais, o valor arbitrado (R\$ 8.000,00 - oito mil reais) mostra-se razoável, não merecendo reparos.

A propósito, cumpre transcrever o seguinte trecho da sentença:

(...)

Entretanto, por mais que o contrato firmado pelas partes determinasse a não cobertura de assistência domiciliar (*home care*) e enfermagem em caráter particular, a jurisprudência tem por diversas vezes afirmado que a cláusula que veda a enfermagem particular e assistência domiciliar não se confunde com a internação *home care*, visto que esta integra o gênero internação hospitalar. Isso porque a internação é necessária à preservação da saúde do segurado e de acordo com a máxima “quem pode mais pode menos”, não faria sentido permitir-se a internação hospitalar e vedar-se a domiciliar que revela tratamento mais favorável e custos menores para a seguradora (...).

(...)

Deste modo, percebe-se que a atuação da seguradora, enseja a indenização por danos morais, pois sem dúvidas os autores sofreram abalos nos direitos de sua personalidade diante da situação perpetrada pela ré que visa suspender o tratamento, no momento em que o segurado mais precisa e vem obtendo avanços em seu quadro clínico com o tratamento. Não há que se falar em exercício regular de um direito visto que sequer foi comprovada a existência de vedação contratual ao oferecimento do serviço (fls. 496-498).

Por fim, no tocante aos demais temas levantados nas razões recursais, estou de acordo com a solução empregada pelo Relator.

Ante o exposto, acompanho o eminente Relator, negando provimento ao recurso especial, *com a ressalva de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (home care) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos, como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual.*

É o voto.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, na verdade, os acréscimos feitos por V. Exa. enriquecem o acórdão. Essas ressalvas são importantes. Realmente, pretendia colocá-las na ementa como item 3. É mais fácil a ressalva, aquela parte que consta no final do seu voto: a indicação de médico-assistente, concordando os pacientes, não afetação do equilíbrio contratual. Assim, temos o pensamento médio do Colegiado.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Marcos Catalan**

INDUBIO PRO ADERENTE E INTERPRETAÇÃO INTEGRATIVA: NOTAS ACERCA DA DIFÍCIL ARTE DE JULGAR¹

A Constituição Federal prometeu, em 1988, acesso universal e igualitário à saúde, a toda a população brasileira². Ainda, assim, 1.040 operadores de planos de saúde certas vezes atendem, outras vezes frustram, as expectativas normativas que pulsam de 55.640.000 contratos³ nos quais seres demasiadamente humanos depositam a esperança de tratamento e (ou) cura dos males que, eventualmente, venham a lhes afetar.

A narrativa aqui alinhavada⁴ relata uma história, inexoravelmente, havida nesse cenário. Uma biografia tematizada na dúvida quanto à existência (ou não) do direito subjetivo de paciente que sofria – e, talvez, ainda sofra – de doença

¹ Estas reflexões foram alinhavadas no desvelar do projeto de investigação intitulado *Abrindo fissuras nas paredes da sociedade do espetáculo* [442136/2014-5] custeado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

² “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

³ *Atlas econômico-financeiro da saúde suplementar*: ano base 2014. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, v. 10, 2015. p. 12. Acrescente-se ademais que em média, a contraprestação mensal paga ao plano de saúde a título de prêmio é de R\$ 176,35 (cento e setenta e seis reais e trinta e cinco centavos), valor equivalente a, aproximadamente, 22% do salário mínimo no Brasil.

⁴ STJ. Recurso Especial 1.378.707/RJ. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. j. 26.05.2015.

* Doutor *summa cum laude* em Direito pela Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor no curso de Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle, no curso de Direito da Unisinos e em cursos de especialização pelo Brasil. Advogado parecerista.

obstrutiva crônica⁵, de exigir a manutenção do *home care*⁶ do operador de seu plano de saúde. Um relato que ganha ares de dramaticidade, quando se identifica que, após o atendimento à ordem médica que antecedeu o acesso – durante algum tempo – ao tratamento domiciliar prescrito, ele foi, unilateralmente, suspenso sob a alegação de ausência de previsão contratual.

Provocado a manifestar-se acerca de tais fatos, o Tribunal da Cidadania – ratificando as decisões oriundas das cortes inferiores – sustentou a condenação do operador do plano de saúde, confirmando a manutenção do *home care* – enquanto vigerem as instruções médicas – e, ainda, a imposição da condenação à reparação de danos extrapatrimoniais⁷.

Argumentou que (a) embora válida a cláusula por meio da qual foram eleitas as doenças que merecerão (ou não) cobertura contratual, se e quando necessário, o mesmo não pode ser dito, da declaração negocial que restringe

⁵ World Health Organization. “Chronic obstructive pulmonary disease (COPD) is a life-threatening lung disease that interferes with normal breathing – it is more than a “smoker’s cough [...] According to WHO estimates, 65 million people have moderate to severe chronic obstructive pulmonary disease (COPD). More than 3 million people died of COPD in 2005, which corresponds to 5% of all deaths globally. Most of the information available on COPD prevalence, morbidity and mortality comes from high-income countries. Even in those countries, accurate epidemiologic data on COPD are difficult and expensive to collect. It is known that almost 90% of COPD deaths occur in low and middle-income countries. At one time, COPD was more common in men, but because of increased tobacco use among women in high-income countries and the higher risk of exposure to indoor air pollution (such as biomass fuel used for cooking and heating) in low-income countries, the disease now affects men and women almost equally. [...] Estimates show that COPD becomes in 2030 the third leading cause of death worldwide”. Capturado em <http://www.who.int/respiratory/copd/burden/en/> em 01.11.2015.

⁶ FLORIANI, Ciro Augusto; SCHRAMM, Fermin Roland. Atendimento domiciliar ao idoso: problema ou solução? *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 20, p. 986-994, jul./ago. 2004. p. 987. “O termo é aqui empregado no sentido amplo de *home care*, compreendendo [potencialmente, ante a ausência de dados nos autos, a] uma gama de serviços realizados no domicílio e destinados ao suporte terapêutico do paciente. Estes serviços vão desde cuidados pessoais de suas atividades de vida diária (higiene íntima, alimentação, banho, locomoção e vestuário), cuidados com sua medicação e realização de curativos de ferimentos, cuidados com escaras e ostomias, até o uso de alta tecnologia hospitalar como nutrição enteral/parenteral, diálise, transfusão de hemoderivados, quimioterapia e antibioticoterapia, com serviço médico e de enfermagem 24 horas/dia, e uma rede de apoio para diagnóstico e para outras medidas terapêuticas. Também estão incluídos neste conceito o chamado suporte comunitário (voluntários, serviços de associações comunitárias, transporte) e realização de tarefas externas, como ida a um banco ou a uma farmácia”.

⁷ Informa-se ao atento leitor que apenas a primeira das questões será objeto de reflexão e análise. O corte metodológico aqui realizado justifica-se diante da limitação de páginas, recomendada pelo editor, quando do encaminhamento do honroso convite para integrar este volume especial da Revista do Superior Tribunal de Justiça.

a forma do tratamento devido ao paciente – o *home care* é desdobramento do atendimento nosocomial –, (b) eventual limitação contratual temporal do atendimento devido ao paciente é despida de licitude – consoante sumulado, outrora⁸ –, (c) o serviço de *home care* é menos oneroso⁹ – e *mais humano*¹⁰ – que o tratamento hospitalar e, portanto, não haveria desequilíbrio na economia negocial ou ofensa à estrutura mutualística –, sinalizando, ainda, que (d) o conflito hermenêutico que, aparentemente, marca a situação submetida ao crivo judicial, haverá de ser resolvido no preenchimento do suporte fático descrito na regra contida no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor¹¹.

⁸ Alusão feita ao enunciado contido na Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça.

⁹ FLORIANI, Ciro Augusto; SCHRAMM, Fermin Roland. Atendimento domiciliar ao idoso: problema ou solução? *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 20, p. 986-994, jul./ago. 2004. p. 986-994. Os autores apontam que, embora, em princípio, a afirmação seja verdadeira, nem sempre assim o será.

¹⁰ No que tange a esse aspecto, o voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas é primoroso, merecendo ser transcrito. “Cinge-se a controvérsia a saber se o tratamento domiciliar constitui desdobramento do tratamento hospitalar, devendo ser custeado pelas operadoras de plano de saúde mesmo na ausência de contratação específica. De início, impende asseverar que, segundo a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 11/2006 da Anvisa, as ações de promoção à saúde, prevenção, tratamento de doenças e reabilitação desenvolvidas em domicílio (atenção domiciliar) podem se dar nas modalidades de (i) assistência domiciliar, entendida como o conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas desenvolvidas em domicílio, e (ii) internação domiciliar, conceituada como o conjunto de atividades prestadas no domicílio, caracterizadas pela atenção em tempo integral ao paciente com quadro clínico mais complexo e com necessidade de tecnologia especializada. No âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a atenção domiciliar foi disciplinada [todavia], na Saúde Suplementar, o tratamento médico em domicílio não foi incluído no rol de procedimentos mínimos ou obrigatórios que devem ser oferecidos pelos planos de saúde [...]. Apesar disso, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, atenta aos princípios que regem o setor, tais como a incorporação de ações de promoção da saúde e prevenção de riscos e doenças e a integralidade das ações na segmentação contratada normatizou a questão [...] Verifica-se, desse modo, que a atenção domiciliar nos planos de saúde não foi vedada, tampouco tornou-se obrigatória, devendo obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes, respeitados os normativos da Anvisa no caso da internação domiciliar [...] Feitas essas considerações, falta definir se nos casos recomendados de internação domiciliar em substituição à internação hospitalar há a obrigatoriedade de custeio desse tratamento pela operadora de plano de saúde na ausência de prévia contratação. Como cediço, o serviço de saúde domiciliar [traz] mais benefícios ao paciente, pois terá tratamento humanizado junto da família e no lar, aumentando as chances e o tempo de recuperação, sofrendo menores riscos de reinternações e de contrair infecções e doenças hospitalares, mas também, em muitos casos, é mais vantajoso para o plano de saúde, já que há a otimização de leitos hospitalares e a redução de custos: diminuição de gastos com pessoal, alimentação, lavanderia, hospedagem (diárias) e outros. [...] Cumpre ressaltar, por outro lado, que o *home care* não pode ser concedido de forma automática, tampouco por livre disposição ou comodidade do paciente e de seus familiares”.

¹¹ “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

E assim, identificando nas condições gerais de contratação¹² e na percepção de que elas são, unilateralmente, *impostas*¹³ aos aderentes, um *topoi* hermenêutico, conclui que eventuais ambiguidades, imprecisões ou dúvidas deverão ser afastadas em favor do aderente¹⁴. A pesquisa realizada na construção do voto condutor do julgamento, aliás, é digna de nota! Partindo da regra romana da *interpretatio contra stipulatorem*, transita pelo tratamento dado pelo *Code Napoleon*, por saberes construídos na contemporaneidade por acadêmicos de escol¹⁵ e pela Diretiva 93/13 da Comunidade Europeia, antes de identificar, no Direito tupiniquim, regras nas codificações consumerista, civil e comercial que versam acerca do *in dubio pro aderente*.

O voto condutor do julgado sob análise, distanciou-se, entretanto – apesar da irrefutável coerência e refinamento argumentativos –, da solução dogmática mais escoreita para o conflito que atravessou as portas do Judiciário.

Inexiste cláusula a ser interpretada¹⁶.

A solução da questão pressupõe, então, compreender que na interpretação de um negócio jurídico – e, nessa esteira, de qualquer contrato – importa considerar “o intuito prático, o interesse em sentido objetivo, que procura satisfação no preceito a que a autonomia privada deu existência”, e que, portanto, consoante os “cânones hermenêuticos da autonomia e da totalidade”, a compreensão de um contrato “deduz-se não só, e não tanto, do teor literal

¹² E, não, nas “cláusulas predispostas em contratos de adesão”, pois, tanto uma cláusula, quanto um contrato qualquer, somente o são – cláusula ou contrato – após a adesão aos termos de uma oferta completa e séria – da declaração unilateral de vontade dirigida ao outro, conhecido (ou não) – que, pensada nos cenários construídos na pela Sociedade de Consumo, é padronizada. Por isso, o tratamento dogmático mais adequado do tema impõe o uso da expressão *condições gerais de contratação*. Vide: CASTRO Y BRAVO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1985.

¹³ Take it or leave it!

¹⁴ STJ. REsp 1.378.707/RJ. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. j. 26.05.2015. p. 7. “Como o predisponente teve a possibilidade de pré-estabelecer todo o conteúdo do contrato, as imprecisões, dúvidas e ambigüidades [sic] das cláusulas [sic] predispostas interpretam-se contrariamente aos seus interesses”.

¹⁵ Alfred Rieg, Antônio Manual da Rocha e Menezes Cordeiro, Cristina Rapisarda, Edward Allan Farnsworth, Enzo Roppo, Guido Alpa e Mário Júlio de Almeida Costa.

¹⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 275-276. “Para que haja necessidade de invocar a regra de interpretação em favor do aderente e do consumidor, deve haver um conflito entre o sentido de uma cláusula expressa e algum outro elemento do conteúdo do negócio (outra cláusula expressa, prospectos ou alguma forma de publicidade, por exemplo), ou entre o sentido do negócio determinado à luz da literalidade da linguagem e o sentido atribuído mediante a consideração de todas as circunstâncias”.

das palavras empregadas [ou, no caso, das palavras não ditas ou grafadas], mas também, especialmente, do comportamento total, do conjunto das várias declarações ou cláusulas entendidas como elemento de um todo, do intuito prático visado, assim como do conjunto das circunstâncias presentes na consciência de ambas as partes”¹⁷.

A “interpretação vai até muito mais longe e abrange também, pontos do negócio que não foram objeto de reflexões conscientes: pontos para os quais é inútil e irrelevante procurar descobrir uma vontade “presumível”, que [na] realidade não existiu [pois] se a interpretação se destina a desenvolver, na sua coerência lógica, a fórmula da declaração ou a estrutura do ato, em busca da ideia mais apropriada, ela leva, necessariamente, a [aclarar também] aquele conteúdo implícito ou marginal do negócio, que não se exprimiu na sua fórmula ou estrutura e que, quando muito, ficou na sombra, até na consciência das partes”¹⁸.

Aclara a ser alcançado, na hipótese, com recurso à interpretação integrativa.

“A chamada interpretação integrativa incide sobre pontos do regulamento de interesses que, embora não tendo sido abrangidos pela fórmula, que se tornou inadequada, estão, todavia, compreendidos na ideia que ela exprime e, portanto, estão também sempre enquadrados no conteúdo do negócio. Os pontos a investigar por via interpretativa, inferem-se também sempre do conjunto da declaração, apreciado de acordo com a boa-fé, com os usos sociais [e] em harmonia com tudo isso são inteligíveis e reconhecíveis pelas partes [e tem] por base a causa do tipo abstrato do negócio em questão”¹⁹.

Interpretação integrativa a ser instrumentalizada na inteligência do fim do contrato – finalidade, a ser concretamente identificada²⁰ – e que aproxima o pensamento do intérprete da necessidade de percepção de que dos *planos de saúde* – dos contratos havidos nesse cenário – pulsam expectativas atadas ao

¹⁷ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 2. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 174-176.

¹⁸ Id. Ibid. p. 204.

¹⁹ Id. Ibid. p. 204-205.

²⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126. “O papel do fim negocial é integrativo e corretivo da causa (função típica), no plano do negócio jurídico em concreto, e não propriamente, substitutivo desta”.

acesso a consultas, exames, tratamentos, intervenções cirúrgicas e, se possível, à cura dos usuários.²¹

Oportuno ter em mente, ademais, que “o ponto de relevância hermenêutica está no aderente, por ser ele o destinatário da declaração negocial que predispõe o conteúdo negocial [o que conduz a] interpretar [um contrato de consumo] de acordo com todas as circunstâncias e considerando que o sentido juridicamente relevante é aquele atribuído pelo aderente”²² e, também por isso, as expectativas legítimas que pulsam da relação jurídica concretamente estabelecida – da identificação, portanto, do fim contratual – não de ser atendidas.

Enfim, não se pode deixar de notar que a conduta da *Omint Serviços de Saúde* – havida quando do atendimento domiciliar fornecido, durante algum tempo – é outro *topoi*²³ hermenêutico no processo de realização do Direito. Ao conduzir à “interpretação autêntica do contrato”²⁴ – nos termos explicitados e, contrabandeados, da codificação espanhola²⁵, da argentina²⁶, do *codice civile*²⁷ ou dos saberes construídos pelos comercialistas brasileiros²⁸ – ela impede a

²¹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 15. “Os planos privados [sic] de assistência à saúde são contratos em que, mediante o pagamento de um prêmio mensal, os fornecedores se obrigam a garantir, sempre que necessário [e nos limites da apólice e das imposições normativas cogentes vigentes em dado momento do tempo e do espaço] o tratamento da saúde dos consumidores”.

²² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 275-276.

²³ Um *topoi*, curiosamente, considerado na construção do raciocínio que conduziu à imputação do dever de reparar, mas não – ao menos, não, explicitamente, comunicado nos votos –, como uma conduta devida, por força do contrato pensado em concreto, ao usuário do plano de saúde.

²⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 165.

²⁵ “Art. 1282. Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”.

²⁶ “Artículo 1065. Fuentes de interpretación. Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: (a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares, (b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración, (c) la naturaleza y finalidad del contrato”.

²⁷ “Art. 1362 Intenzione dei contraenti. Nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto”.

²⁸ O Código Comercial dispunha – antes de ser revogado pela codificação civil vigente –, no artigo 131 que “sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: [...] (3) o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato [...]”.

adoção, em concreto, de comportamentos que contrariem a conduta que fora, inicialmente, materializada, sob pena de preenchimento do suporte fático atado ao *venire contra factum proprium*²⁹, moldura nascida no Medievo e inserta na codificação civil brasileira enquanto hipótese de exercício inadmissível de posição jurídica³⁰.

Porto Alegre, imerso no cinza que impregna a primavera de 2015.



²⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 167. “A expressão *venire contra factum proprium* consubstancia o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior; há quebra da boa-fé porque se volta contra as expectativas criadas em todos, mas especialmente na parte contrária”.

³⁰ Nos termos do artigo 187 da codificação civil.

3.3. Contrato Imobiliário

RECURSO ESPECIAL N. 1.300.418-SC (2012/0000392-9)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: APL Incorporações e Construções Ltda

Advogado: Hercílio Emerich Lentz e outro(s)

Recorrido: Clóvis Paulo Ceccato e outro

Advogado: Anésio Knoth e outro(s)

Interessado: Defensoria Pública da União - “Amicus Curiae”

Interessado: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor IDEC -
“Amicus Curiae”

Interessado: Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor -
MPCON - “Amicus Curiae”

Advogado: Leandro Silva e outro(s)

EMENTA

Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Direito do Consumidor. Contrato de compra de imóvel. Desfazimento. Devolução de parte do valor pago. Momento.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

2. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, foi fixada a seguinte tese: É abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de qualquer dos contratantes. Assim, em tais avenças submetidas às regras do Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem dar causa ao desfazimento. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Clóvis Paulo Ceccato e Andrea Benevides Silva ajuizaram ação em face de APL - Incorporações e Construções Ltda., objetivando rescisão de contrato de promessa de compra e venda de unidade habitacional, cumulada com pedido de restituição das parcelas pagas - deduzidos os valores aportados a título de arras -, bem como a declaração de nulidade de cláusula que previa a devolução do que foi pago, em caso de rescisão, somente após o efetivo término da obra. O preço estipulado foi de R\$ 41.160,00, e, após uma repactuação, afirma que pagou o total de R\$ 23.972,68.

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital-SC julgou parcialmente procedentes os pedidos, deduzindo do valor a ser restituído apenas o que foi pago a título de arras (fls. 98-105).

Em grau de apelação, pretendeu a construtora ré a manutenção da cláusula contratual que determinava a restituição das parcelas pagas somente ao término do empreendimento (fls. 109-115).

O TJSC negou provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença nos termos da seguinte ementa:

Ação de rescisão contratual cumulada com nulidade de cláusula e devolução imediata das parcelas adimplidas. Previsão contratual de restituição somente ao final da construção. Abusividade da cláusula. A rescisão de compromisso de compra e venda implica na devolução das parcelas efetivamente adimplidas. Interpretação conforme o Código de Defesa do Consumidor. Reembolso que se impõe como forma de reestabelecer (*sic*) o equilíbrio jurídico-patrimonial entre as partes. Recurso conhecido e desprovido (fl. 136).

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual se sustenta, além de dissídio, ofensa ao art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Insurge-se a recorrente contra acórdão que determinou a restituição imediata e em parcela única dos valores pagos pelo promitente comprador, em razão de desistência/inadimplemento de contrato de promessa de compra e venda de imóvel.

Entende inexistir ilegalidade na cláusula que prevê, para a hipótese de rescisão contratual, que as parcelas pagas pelo promitente comprador lhes sejam restituídas somente ao término da obra.

Contra-arrazoado (fls. 189-193), o especial foi admitido (fl. 195).

Ascendendo os autos a esta Corte, verifiquei haver multiplicidade de recursos a versar o tema tratado nos autos, alusivo à forma de devolução dos valores devidos ao promitente comprador (se imediatamente, somente ao término da obra ou, ainda, de forma parcelada) em razão da rescisão do contrato de promessa de compra e venda de imóvel.

Por isso, afetei o julgamento do presente recurso especial à eg. Segunda Seção, nos termos do art. 543-C do CPC, bem como da Resolução n. 8/2008.

O Ministério Público Federal, entendendo tratar-se de discussão acerca de questões meramente patrimoniais e direitos disponíveis, deixou de apresentar parecer (fl. 211).

A Defensoria Pública da União (DPU) pleiteou seu ingresso como *amicus curiae*, pedido deferido à fl. 215. Opinou pelo “reconhecimento jurisprudencial da efetiva possibilidade de imediata restituição ao devedor inadimplente das parcelas quitadas à data da resolução contratual, monetariamente atualizadas, descontados os custos gerados ao credor/incorporador, desde que devidamente

comprovados e estipulados de forma explícita, prévia e razoável no contrato” (fl. 230).

Na assentada do dia 8.5.2013, o zeloso membro do Ministério Público Federal presente na sessão, Dr. Washington Bolivar de Brito Junior, em questão de ordem, pleiteou o encaminhamento dos autos diretamente ao seu gabinete para manifestação, nos termos do art. 543-C, § 5º, do CPC, tendo o requerimento sido atendido pela Seção.

Em seguida, o Ministério Público Federal ofertou parecer assim ementado:

Recurso especial repetitivo. Art. 543-C do CPC. Direito do Consumidor. Cláusula abusiva. Compra e venda de imóvel. Negativa de restituição imediata de valores pagos pelos promitentes compradores à incorporadora.

1. Preliminar de questão de ordem. Imprescindibilidade de manifestação do Ministério Público Federal sobre o mérito do recurso especial repetitivo, dada a abrangência de seus efeitos e a circunstância de versar sobre direito do consumidor. Art. 543-C, § 5º, do CPC, arts. 3º, II, e 4º, parágrafo único da Res. n. 8/2008-STJ, a par do art. 82, III, *in fine*, do CPC, c.c. o art. 5º, § 1º da Lei n. 7.341/1985 e art. 5º, XXXII, da CRFB.

2. Mérito. Rescisão de contrato de promessa de compra e venda de empreendimento imobiliário pelos promitentes compradores. Cláusula prevendo a restituição dos valores somente após a conclusão da obra. Condição abusiva, declarada nula de pleno direito. Art. 51, II, IV e XV, do CDC. Desvantagem excessiva em prejuízo dos consumidores e enriquecimento ilícito da construtora, que, além de já haver retido o sinal (arras), poderá recolocar o imóvel à disposição do mercado imobiliário, de modo a capitalizar-se durante a construção. Precedentes.

Parecer pelo conhecimento e desprovemento do recurso especial (fl. 234).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A questão tratada nos autos transcende o interesse individual das partes, revelando-se com feição multitudinária, de acentuada relevância jurídica e econômica e com potencialidade de repetição em diversos outros litígios a envolver consumidor e construtora de imóveis.

Cuida-se de saber se, rescindido o contrato de promessa de compra e venda de imóvel, celebrado diretamente com a construtora/incorporadora, as parcelas

pagas devem ser restituídas de imediato, proclamando-se a nulidade da cláusula que determina a devolução somente ao término da obra.

Vale dizer, a celeuma cinge-se apenas ao momento em que os valores devem ser restituídos, tendo ambas as partes, no caso em exame, concordado com o *quantum* a ser retido pela construtora.

3. É de longa data a jurisprudência firme da Casa sobre o tema.

3.1. Com efeito, a despeito da inexistência literal de disposição que imponha a devolução imediata do que é devido pelo promitente vendedor de imóvel, inegável que o Código de Defesa do Consumidor optou por fórmulas abertas para a nunciação das chamadas “práticas abusivas” e “cláusulas abusivas”, lançando mão de um rol meramente exemplificativo para descrevê-las.

Daí a menção não exauriente contida nos arts. 39 e 51:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, *dentre outras práticas abusivas* [...];

[...]

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

Nessa linha, a jurisprudência da Casa vem proclamando, reiteradamente, ser *abusiva*, por ofensa ao art. 51, incisos II e IV, do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula contratual que determina, em caso de rescisão de promessa de compra e venda de imóvel, a restituição das parcelas pagas somente ao término da obra, haja vista que poderá o promitente vendedor, uma vez mais, revender o imóvel a terceiros e, a um só tempo, auferir vantagem com os valores retidos - além da própria valorização do imóvel, como normalmente acontece.

Se bem analisada, a cláusula que posterga para o término efetivo da obra a devolução do que é devido pelo construtor parece abusiva mesmo no âmbito do direito comum, porquanto desde o Código Civil de 1916 - e que foi reafirmado pelo Código Civil de 2002 - são ilícitas as cláusulas puramente potestativas, assim entendidas aquelas que sujeitam a pactuação “ao puro arbítrio de uma das partes” (art. 122 do CC/2002 e art. 115 do CC/1916).

De fato, se for mantida hígida a mencionada cláusula, o direito ao recebimento do que é devido ao consumidor fica submetido ao puro arbítrio do fornecedor, uma vez que a conclusão da obra é providência que cabe a este com exclusividade, podendo, inclusive, nem acontecer ou acontecer a destempo.

Nesse caso, o comportamento do fornecedor revela, a meu juízo, evidente potestatividade, considerado abusivo tanto pelo CDC (art. 51, IX) quanto pelo Código Civil (art. 122) (por todos, NERY JÚNIOR, Nelson. *In. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 598).

3.2. A jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Privado não vacila nesse sentido:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Contrato de compra e venda. Rescisão. Momento de devolução das parcelas pagas. Decisão mantida por seus próprios fundamentos.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que há enriquecimento ilícito da incorporadora na aplicação de cláusula que obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras para reaver seu dinheiro, pois aquela poderá revender imediatamente o imóvel sem assegurar, ao mesmo tempo, a fruição pelo consumidor do dinheiro ali investido.

[...]

(AgRg no Ag n. 866.542-SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 4.12.2012, DJe 11.12.2012)

Agravo regimental no recurso especial. Ação de rescisão contratual. Compra e venda de imóvel. Prestação pagas. Devolução após o término da obra. Abusividade. Acórdão recorrido em harmonia com o entendimento desta Corte. Lucros cessantes. Não comprovação do prejuízo. Reconhecimento. Impossibilidade de reexame de provas. Incidência da Súmula n. 7 desta Corte. Recurso improvido.

(AgRg no REsp n. 1.238.099-SC, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 26.4.2011, DJe 11.5.2011)

Agravo regimental. Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual. Restituição das parcelas pagas somente após a conclusão das obras. Abusividade configurada. Incidência da Súmula n. 83.

I - Há enriquecimento ilícito da incorporadora na aplicação de cláusula que obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras para reaver seu dinheiro, pois aquela poderá revender imediatamente o imóvel sem assegurar, ao mesmo tempo, a fruição pelo consumidor do dinheiro ali investido.

[...]

(AgRg no REsp n. 1.219.345-SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 15.2.2011, DJe 28.2.2011)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Contrato de compra e venda. Rescisão. Fundamentos insuficientes para reformar a decisão agravada.

[...]

3. Há enriquecimento ilícito da incorporadora na aplicação de cláusula que obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras para reaver seu dinheiro, pois aquela poderá revender imediatamente o imóvel sem assegurar, ao mesmo tempo, a fruição pelo consumidor do dinheiro ali investido.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 856.283-SC, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Terceira Turma, julgado em 2.2.2010, DJe 25.2.2010)

Consumidor. Recurso especial. Rescisão de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel. Incorporadora que se utiliza de sistema de “auto-financiamento”. Devolução das parcelas pagas pelo promitente-comprador, já descontado o valor das arras, apenas após o término de toda a construção. Aplicação dos princípios consumeristas à relação jurídica. Irrelevância do veto ao § 1º do art. 53 do CDC. Análise prévia do contrato-padrão pelo Ministério Público. Irrelevância.

[...]

- Apesar do veto ao § 1º do art. 53 do CDC, o teor de tal dispositivo pode ser depurado a partir dos princípios gerais do direito positivo brasileiro e do CDC. Precedente: EREsp n. 59.870-SP, Rel. Min. Barros Monteiro.

- Há enriquecimento ilícito da incorporadora na aplicação de cláusula que obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras para reaver seu dinheiro, pois aquela poderá revender imediatamente o imóvel sem assegurar, ao mesmo tempo, a fruição pelo consumidor do dinheiro ali investido.

[...]

(REsp n. 633.793-SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7.6.2005, DJ 27.6.2005, p. 378)

Transcrevo parte dos judiciosos fundamentos expostos no precedente acima citado, de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi,;

Sobre o tema, afirma Nelson Nery Júnior que “O CDC enumerou uma série de cláusulas consideradas abusivas, dando-lhes o regime da nulidade de pleno direito (art. 51). Esse rol não é exaustivo, podendo o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, entender ser abusiva e, portanto, nula, determinada cláusula contratual. Está para tanto autorizado pelo *caput* do art. 51 do CDC, que diz serem nulas, ‘entre outras’, as cláusulas que menciona. Ademais, o inc. XV do referido artigo contém norma de encerramento, que dá possibilidade ao juiz de considerar

abusiva a cláusula que 'esteja em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor'. Em resumo, os casos de cláusulas abusivas são enunciados pelo art. 51 do CDC em *numerus apertus* e não em *numerus clausus*" ("Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto". Rio de Janeiro: Forense Universitária, 7ª edição, 2001, p. 463).

A manutenção da cláusula contratual em análise gerará enriquecimento indevido à recorrente. Conquanto tenha este por linha de defesa a necessidade de respeito ao auto-financiamento dos imóveis populares construídos, o fato é que tal disposição obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras de todo o conjunto habitacional, mas nada diz a respeito da possibilidade de revenda do mesmo imóvel a terceiro pela incorporadora, que passaria, assim, a obter um duplo financiamento para a construção com lastro na mesma unidade residencial.

Com a rescisão contratual, necessário é o retorno ao *status quo ante* para as duas partes em iguais condições; não é possível autorizar-se que a incorporadora possa imediatamente dispor do imóvel sem reconhecer, quanto à fruição dos dinheiros empregados, o mesmo direito ao recorrido.

No âmbito da Quarta Turma, a questão também está pacificada:

Consumidor. Promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão contratual. Culpa da construtora. Cláusula a prever a restituição das parcelas pagas somente ao término da obra. Abusividade. Arras. Omissão do acórdão acerca da sua natureza. Devolução em dobro. Súmula n. 356-STF.

1. É abusiva, por ofensa ao art. 51, incisos II e IV, do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula contratual que determina, em caso de rescisão de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa exclusiva da construtora/incorporadora, a restituição das parcelas pagas somente ao término da obra, haja vista que poderá o promitente vendedor, uma vez mais, revender o imóvel a terceiros e, a um só tempo, auferir vantagem com os valores retidos, além do que a conclusão da obra atrasada, por óbvio, pode não ocorrer.

2. O acórdão recorrido, muito embora faça alusão ao contrato, não deixa explicitado se as arras têm natureza confirmatória ou penitencial, tampouco o recorrente opôs embargos de declaração para aclarar tal ponto. Com efeito, não sanada a omissão do acórdão acerca da natureza das arras, se confirmatórias ou penitenciais, o recurso especial esbarra na Súmula n. 356-STF.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 877.980-SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3.8.2010, DJe 12.8.2010)

Após esse precedente, de minha relatoria, seguiram-se diversos outros proferidos em sede de agravo regimental, todos com a composição atual deste

órgão julgador. Confrimam-se, entre outros, os seguintes: AgRg no REsp n. 997.956-SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 26.6.2012; AgRg no REsp n. 1.238.007-SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp n. 935.443-SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 15.12.2011.

Em sede de decisão monocrática, colho o REsp n. 1.025.091, de relatoria do em. Ministro Marco Buzzi, e o REsp n. 1.249.786, relator em. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Há diversos outros precedentes que também consideram abusiva a devolução do valor pago pelo comprador de forma apenas parcelada:

Processo Civil. Pedido de reconsideração em agravo. Pretensão recebida como agravo regimental. Promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão contratual. Devolução das parcelas pagas. Razoabilidade na determinação do Tribunal de origem de retenção de 20% a título de despesas administrativas. Devolução das parcelas pagas de forma parcelada. Abusividade. Dissídio jurisprudencial.

Falta de cotejo analítico. Simples transcrição das ementas. Decisão agravada mantida.

[...]

3.- Esta Corte já decidiu que é abusiva a disposição contratual que estabelece, em caso de resolução do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, a restituição dos valores pagos de forma parcelada, devendo ocorrer a devolução imediatamente e de uma única vez.

[...]

5.- Agravo regimental a que se nega provimento.

(RCDESP no AREsp n. 208.018-SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16.10.2012, DJe 5.11.2012)

Agravo regimental. Recurso especial. Promessa de compra e venda. Imóvel. Resolução do contrato. Devolução das prestações adimplidas de forma imediata e em parcela única.

1 - Abusiva a disposição contratual estabelecendo, em caso de resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, a restituição das prestações pagas de forma parcelada.

2 - Com a resolução, retornam as partes contratantes à situação jurídica anterior ("status quo ante"), impondo-se ao comprador o dever de devolver o imóvel e ao vendedor o de ressarcir as prestações até então adimplidas, descontada a multa pelo inadimplemento contratual.

3 - Precedentes específicos desta Corte.

4 - *Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial e lhe dar provimento.*

(AgRg no REsp n. 677.177-PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 1º.3.2011, DJe 16.3.2011)

Confirmam-se, também, as seguintes decisões monocráticas: REsp n. 1.062.452-RS, rel. Ministro Marco Buzzi; AREsp n. 229.075-SP, rel. Ministro Sidnei Beneti; EDcl no AREsp n. 21.710-GO, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; REsp n. 1.179.049-DF, rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira.

4. Importante ressaltar que esse entendimento - segundo o qual os valores devidos pela construtora ao consumidor devem ser restituídos imediatamente à resolução do contrato - aplica-se independentemente se quem deu causa à resolução foi o comprador ou o vendedor.

É antiga a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de que o promitente comprador de imóvel pode pedir a resolução do contrato sob alegação de insuportabilidade da prestação devida:

Promessa de venda e compra. Resilição. Denúncia pelo compromissário comprador em face da insuportabilidade no pagamento das prestações.

Restituição.

- O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas.

Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte.

(REsp n. 59.870-SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 10.4.2002, DJ 9.12.2002, p. 281)

Na verdade, a questão relativa à culpa pelo desfazimento da pactuação resolve-se na calibragem do valor a ser restituído ao comprador e não pela forma ou prazo de devolução.

É assente o entendimento de que a resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel por culpa (ou por pedido imotivado) do consumidor gera o direito de retenção, pelo fornecedor, de parte do valor pago, isso para recompor eventuais perdas e custos inerentes ao empreendimento, sem prejuízo de outros valores decorrentes, por exemplo, da prévia ocupação do imóvel pelo consumidor.

No mencionado precedente da Segunda Seção (EREsp n. 59.870-SP) adotou-se como parâmetro razoável - mas não peremptório - para a retenção o percentual de 25% sobre as parcelas pagas pelo consumidor, entendimento que vem sendo replicado cotidianamente por esta Corte: EAg n. 1.138.183-PE, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Segunda Seção, julgado em 27.6.2012; AgRg no REsp n. 927.433-DF, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Quarta Turma, julgado em 14.2.2012; REsp n. 838.516-RS, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 17.5.2011; AgRg no Ag n. 1.010.279-MG, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, Quarta Turma, julgado em 12.5.2009.

Portanto, a consequência jurídica para a resolução do contrato por culpa do promitente comprador é a perda parcial das parcelas pagas em benefício do construtor/vendedor, devendo o saldo, todavia, ser restituído imediatamente à resolução da avença.

Em sentido oposto, na hipótese de o construtor/vendedor der causa à resolução do contrato, por óbvio a restituição das parcelas pagas deve ocorrer em sua integralidade, nos termos da torrencial jurisprudência da Casa: AgRg nos EAg n. 616.048-RJ, Rel. Ministro *Jorge Scartezzini*, Segunda Seção, julgado em 24.5.2006; REsp n. 644.984-RJ, Rel. Ministra *Nancy Andrigbi*, Terceira Turma, julgado em 16.8.2005, DJ 5.9.2005; EDcl no REsp n. 620.257-RJ, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, julgado em 18.9.2008; AgRg no Ag n. 830.546-RJ, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, Quarta Turma, julgado em 14.8.2007.

5. Assim, encaminho o seguinte entendimento para efeitos do art. 543-C do CPC:

Em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

6. Diante do exposto, e analisando o caso concreto, que foi bem solucionado pelo Tribunal *a quo*, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Werson Rêgo¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O problema central analisado e resolvido pelo v. acórdão ora comentado diz com a proclamação da validade ou não da cláusula que prevê a restituição aos promitentes compradores, somente ao término da obra, das quantias aos mesmos devidas, no caso de rescisão do contrato de compra e venda de imóvel, celebrado diretamente com a construtora/incorporadora.

Ação ajuizada em face de APL - Incorporações e Construções Ltda., objetivando a rescisão de contrato de promessa de compra e venda de unidade autônoma em incorporação imobiliária, cumulada com pedido de restituição das parcelas pagas - deduzidos os valores aportados a título de arras -, bem como a declaração de nulidade de cláusula que prevê a restituição aos promitentes compradores das quantias aos mesmos devidas somente após o efetivo término da obra.

A sentença de parcial procedência dos pedidos, proferida pela 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/SC, fora integralmente confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela incorporadora, determinando a restituição imediata de valores aos promitentes compradores, deduzindo destes apenas o que foi pago a título de arras.

Inconformada, a incorporadora manejou recurso especial, apoiado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, no qual se sustenta, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao artigo 53, do Código de Defesa do Consumidor.

O Recurso Especial fora afetado à e. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 543-C do CPC, bem como da Resolução n. 8/2008, a qual adotou o seguinte entendimento: **“Em contratos submetidos ao Código**

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, integrante da 25ª Câmara Cível especializada em questões que versam sobre Direito do Consumidor. Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON.

de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento”.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

O Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, bem reconhecendo que “a questão tratada nos autos transcende o interesse individual das partes, revelando-se com feição multitudinária, de acentuada relevância jurídica e econômica e com potencialidade de repetição em diversos outros litígios a envolver consumidor e construtora de imóveis”, afetou o julgamento deste recurso especial à Segunda Seção, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil, bem assim da Resolução n. 8/2008. Sobreveio o respectivo julgamento - ora sob comentário - e, recentemente, a edição do verbete n. 543, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

SUMULA 543 STJ - Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

2.1 - REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS:

CÓDIGO CIVIL DE 2002 - artigo 122

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - artigo 51, II e IV

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 - artigo 543-C

No caso sob análise, tratava-se de decidir sobre *a validade ou não da cláusula em contrato de promessa de compra e venda de imóvel que, na hipótese de rescisão por culpa de quaisquer dos contratantes, estabeleça a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada.*

A relação jurídica de direito material em berlinda, decorrente de negócio jurídico de promessa de compra e venda de unidade habitacional celebrado entre pessoas naturais (promitente compradores) e uma incorporadora (promitente vendedora), encontra-se submetida ao campo de incidência principiológico-normativo do Código de Proteção e Defesa do Consumidor), vez que presentes os elementos da relação jurídica de consumo (artigo 2º, *caput*, CDC - consumidor padrão; artigo 3º, *caput*, CDC- fornecedor -artigo 3º, §1º, CDC - produto (bem imóvel). Tratando-se, portanto, de normas de ordem pública e de interesse social, (artigo 1º, CDC) imperativa a sua observância. Daí, a análise das cláusulas e condições contratualmente ajustadas entre as partes se subsumir à tutela jurídica da legislação consumerista.

Destarte, ao solucionar-se uma controvérsia oriunda de um negócio jurídico, deve o intérprete considerar não apenas o interesse isolado de cada um dos contendores senão, também, os interesses da coletividade que pode ser afetada por situação análoga - especialmente quando se está diante de um tema de Direito do Consumidor, face à dimensão coletiva que assumem essas questões.

2.2 - A PROTEÇÃO CONTRATUAL DOS CONSUMIDORES²

A moderna concepção contratual se preocupa com o conteúdo da avença (art. 4º, III, CDC - princípios da equidade [base econômica-financeira do negócio jurídico] e da boa-fé [base moral do negócio jurídico]) e, ao enfocá-lo, está afastando o princípio da intangibilidade. Preocupa-se com a alteração da situação fática ocorrida após a sua formação, abandonando-se, assim, uma análise estática dos negócios jurídicos, voltando-se para uma análise dinâmica dos mesmos.

Não se vê mais os contratos como uma relação antagônica, em que os contraentes estão exclusivamente preocupados com os interesses específicos de cada um deles sobre o objeto do contrato. Ao revés, a concepção moderna enfatiza o caráter de cooperação entre os parceiros contratuais, buscando-se, por intermédio dele, atingir os propósitos do contrato, quer em benefício dos contraentes, quer em benefício de terceiros (artigo 122, Código Civil).

² REGO, Werson. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários: aspectos doutrinários e jurisprudenciais*. Rio de Janeiro. Editora Forense: 2002, p. 29-33.

Percebe-se que, no lugar da vontade dos contraentes, surge um novo elemento, originalmente estranho às relações contratuais: o **interesse social**. Indubitavelmente, este é um fator complicador, tornando o suporte fático dos contratos muito mais complexo do que o simples exame do preenchimento de suas formalidades legais, como acontecia outrora.

Em razão disso, noções e princípios até então tradicionais, como, por exemplo, os da autonomia das vontades e do consensualismo, da intangibilidade do conteúdo dos contratos, da força obrigatória dos contratos, da relatividade dos efeitos dos contratos, entre outros, vão sendo, paulatinamente, desconsiderados pelo Estado ou, então, relativizados e/ou interpretados buscando-se dar ao contrato uma **função social**.

Esse dirigismo [judicial] contratual, entretanto, não se dá em qualquer situação, mas, apenas, nas relações jurídicas consideradas como merecedoras de controle estatal, a fim de que seja mantido o desejado **equilíbrio** entre as partes contratantes. Caso contrário, atentar-se-ia contra o princípio constitucional da segurança (art. 5º, *caput*, CR/88).

2.3 - PRÁTICAS ABUSIVAS E CONTRATO DE ADESÃO

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor veda, de maneira expressa, que o fornecedor exija do consumidor vantagem manifestamente excessiva (artigo 39, V).

HERMAN BENJAMIN, em seus comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor³, conceitua “práticas abusivas”, em sentido amplo, como sendo aquelas em “desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta, em relação ao consumidor”. Citando Gabriel Stiglitz, define-as como “as condições irregulares de negociação nas relações de consumo”, condições essas “que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes”.

Dúvidas não há de que, no caso concreto, se está diante de um contrato de adesão, tal qual definido pelo artigo 54 e parágrafos, do Código de Defesa do Consumidor. As cláusulas contratuais, consubstanciadas em instrumento particular escrito, foram previamente elaboradas pela incorporadora e submetidas para aprovação, em bloco, pelos adquirentes da unidade imobiliária respectiva,

³ BENJAMIN. Antonio Herman de Vasconcellos, et alli. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense Universitária:1995, p. 294

sem possibilidade de discussão ou modificação substancial de conteúdo. Nada obstante se trate de uma forma de contratação absolutamente lícita, não se olvida de que é a que mais expõe a vulnerabilidade do consumidor. Daí, especial relevo assume o princípio da boa-fé, em todas as suas múltiplas funções.

Retornando ao caso concreto, os adquirentes DERAM CAUSA à extinção do contrato.

Tinham ciência de que, em situação tal, perderiam [corretamente] as arras prestadas e sofreriam [corretamente] a retenção de parte do valor pago. Não foi contra isso que se insurgiram.

Trata-se de saber se, rescindido o contrato de promessa de compra e venda de imóvel, as parcelas pagas pelos adquirentes devem ou não ser restituídas de imediato, proclamando-se [ou não] a nulidade da cláusula que determina a devolução somente ao término da obra, ou o seu pagamento de forma parcelada. É dizer, nas palavras do Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, “cinge-se [a celeuma] *apenas ao momento em que os valores devem ser restituídos*, tendo ambas as partes, no caso em exame, concordado com o *quantum* a ser retido pela construtora” - grifos meus.

2.4 - O QUANTUM A RESTITUIR

Como precisamente apontou o eminente Ministro Relator, “a questão relativa à culpa pelo desfazimento da pactuação resolve-se na calibragem do valor a ser restituído ao comprador e não pela forma ou prazo de devolução”.

Nos negócios jurídicos celebrados em caráter irretratável e irrevogável é expressamente vedado o direito de rescisão unilateral. O pagamento e a quitação do sinal firmam a presunção de que o negócio jurídico celebrado chegará ao final, com o cumprimento recíproco de todas as prestações assumidas por ambas as partes. O sinal (arras) pago é computado e deduzido da prestação pecuniária a ser paga pelo adquirente.

Não honrando o COMPRADOR a integralidade das prestações pecuniárias assumidas, ou desistindo do negócio, dando causa à extinção do contrato, perderá, em benefício do VENDEDOR, sem prejuízo da sanção compensatória prevista em cláusula penal, a integralidade das arras prestadas, nos termos do artigo 418, do Código Civil.

Não cumprindo o VENDEDOR as prestações assumidas, dando causa à extinção do contrato, perderá em benefício do COMPRADOR, sem prejuízo

da sanção compensatória prevista em cláusula penal, o equivalente ao dobro do valor atualizado das arras prestadas, nos termos do artigo 418, Código Civil.

E, nos termos do artigo 419, do Código Civil, a parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como mínimo incontroverso. No caso das incorporações, diante da rescisão unilateral do comprador, fará jus o vendedor à retenção de 10% a 25% sobre o valor pago pelo adquirente, ressalvadas as arras - que serão integralmente perdidas (como no caso concreto).

A Segunda Seção (EREsp. 59.870SP) adotou como parâmetro razoável - mas não peremptório - para a retenção o percentual de 25% sobre as parcelas pagas pelo consumidor, entendimento que vem sendo replicado pela Corte. Nessa linha de raciocínio, os seguintes precedentes:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLÊNCIA. RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE 25% EM BENEFÍCIO DO VENDEDOR. ALUGUÉIS PELO USO DO IMÓVEL. TERMO A QUO. SÚMULA 7.

1. O entendimento firmado no âmbito da Segunda Seção é no sentido de ser possível a rescisão do compromisso de compra e venda, por parte do promitente comprador, quando se lhe afigurar economicamente insuportável o adimplemento contratual.

2. Nesse caso, o distrato rende ao promissário comprador o direito de restituição das parcelas pagas, mas não na sua totalidade, sendo devida a retenção de percentual razoável a título de indenização, entendido como tal 25% do valor pago.

3. O acórdão entendeu que os recorridos foram constituídos em mora somente com a notificação extrajudicial, termo a partir do qual foram fixados os aluguéis pelo uso do imóvel, por isso tal conclusão não se desfaz sem o reexame de provas. Incidência da Súmula 7.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, parcialmente provido.

(REsp 838.516/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 26/05/2011)

DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PELO VENDEDOR. INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPOSTOS. CABIMENTO. ARRAS. SEPARAÇÃO. 1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das

partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador.

2. O percentual de retenção - fixado por esta Corte entre 10% e 25% - deve ser arbitrado conforme as circunstâncias de cada caso.

3. Nesse percentual não se incluem as arras, pagas por ocasião do fechamento do negócio e que, nos termos do art. 418 do CC/02 (art. 1.097 do CC/16), são integralmente perdidas por aquele que der causa à rescisão.

4. As arras possuem natureza indenizatória, servindo para compensar em parte os prejuízos suportados, de modo que também devem ser levadas em consideração ao se fixar o percentual de retenção sobre os valores pagos pelo comprador.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1224921/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 11/05/2011)

Ou, ainda: EAg 1138183/PE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012; AgRg no REsp 927.433/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2012; REsp 826.827/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2010, DJe 19/10/2010.

Pacífico, portanto, que a rescisão do contrato de promessa de compra e venda de imóvel por culpa (ou por pedido imotivado) do consumidor resulta na perda das arras prestadas pelos adquirentes e *“gera o direito de retenção, pelo fornecedor, de parte do valor pago, isso para recompor eventuais perdas e custos inerentes ao empreendimento, sem prejuízo de outros valores decorrentes, por exemplo, da prévia ocupação do imóvel pelo consumidor”*, nas palavras do Ministro Relator.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O MOMENTO DA RESTITUIÇÃO. VISÃO CRÍTICA.

Definiu o aresto sob comentário que a devolução aos adquirentes da diferença devida pela incorporadora é de se dar **em parcela única e imediatamente**, ao argumento de que cláusula contratual em sentido contrário, a despeito da inexistência literal de disposição nesse sentido, submeteria o

consumidor a um ônus manifestamente excessivo (artigos 39, V e 51, II e IV, CDC), impondo-se considerá-la *potestativa pura* (artigo 122, do Código Civil/2002). Isso porque a conclusão da obra seria providência que competiria exclusivamente ao incorporador, podendo nem acontecer ou acontecer a destempo. Além disso, partiu-se da premissa de que a unidade recuperada poderia ser imediatamente recolocada no mercado, revendida a terceiro pela incorporadora, “*que passaria, assim, a obter um duplo financiamento para a construção com lastro na mesma unidade residencial*”.

Sempre com o máximo respeito e acatamento, um aspecto especial do problema não foi exaustivamente explorado no voto ora comentado. Vejamos.

O mercado imobiliário apresenta-se como setor da economia de grande importância para o cenário econômico-social do país, com relevante contribuição de 6% para o PIB nacional. A incorporação imobiliária, a atividade mais importante do setor. Nesse contexto, a questão tratada nos autos transcende o interesse individual, sendo de acentuada relevância jurídica e econômica com inequívocos reflexos na ordem social.

A devolução imediata pelo incorporador das quantias devidas aos adquirentes, em razão da extinção do respectivo negócio jurídico, a título de reflexão e colaboração para o debate, é inquestionável em caso de rescisão por culpa do vendedor.

Contudo, no caso concreto e, posteriormente, no verbete 543, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, se estendeu a tal obrigação ao incorporador, mesmo na hipótese de rescisão promovida pelo comprador, unilateralmente. Apenas para enriquecimento do debate, veja-se a seguinte objeção:

Na rescisão do negócio jurídico por manifestação do comprador, o término da relação jurídica se verifica sem qualquer responsabilidade atribuível ao incorporador. E quando isso se dá? a) ou quando o adquirente não se interessa mais pela unidade porque o mercado imobiliário, a reboque da economia, se desvalorizou; b) ou quando o adquirente não pode ficar com a unidade pela impossibilidade de obter o financiamento imobiliário individual que a quitaria. Recordar-se, no entanto, que o contrato fora celebrado em caráter irrevogável e irrevogável, gerando, pois, para ambas as partes, legítimas expectativas de que chegaria ao seu final. A rescisão unilateral opera a quebra dessas legítimas expectativas.

No primeiro caso, não se estaria necessariamente diante de um vulnerável e hipossuficiente consumidor, mas, sim, de um investidor ou especulador

imobiliário, interessado na unidade para fazer um bom negócio, ao revendê-la; não para sua moradia. Assim, quando o mercado está se valorizando mais do que os índices de reajustes legais, este adquirente coloca sua unidade à venda, repassando o valor a outro cliente e saindo do negócio com o seu lucro. Por outro lado, quando o mercado está em crise, com valores que não acompanham seu débito, esse investidor prefere sair do negócio, realizando parte de suas perdas. Entretanto, ao se deferir a recuperação do capital investido, em parcela única e imediatamente, pode-se até dizer que se protegeu o adquirente na forma da legislação consumerista. Em verdade, porém, se protegeu um investidor/especulador, mas foram “desprotegidos” todos os demais verdadeiros consumidores, destinatários finais das unidades em incorporação, que, diante da descapitalização da incorporadora, correm o risco de ver a obra atrasar. E, se um número expressivo de investidores desistir do negócio, corre-se o grave risco de a incorporação ficar sem recursos para ser concluída. Quem perde mais?

Uma alternativa, em casos tais, seria o estabelecimento de um prazo limite razoável para a restituição devida ao adquirente, cujo vencimento seria antecipado se, de fato, a unidade respectiva fosse revendida antes.

O problema é que a dívida da incorporadora com a instituição financiadora, que deve ser paga com o repasse de dívida de cada comprador, não é negociável e isto tem levado grandes empresas ao estado pré-falimentar, vendendo suas unidades por valores muito menores do que os de mercado, de forma a poder pagar suas dívidas, gerando, neste caso, uma redução da base de valores que, também aqui, prejudica a grande maioria dos adquirentes, pois, compraram suas unidades por valores maiores do que os praticados nas reposições, desvalorizando os patrimônios daqueles consumidores que efetivamente cumpriram com o contratado. Quem saiu prejudicado?

Assim, quando às vezes pensamos proteger o adquirente “visível”, desconsiderando o efeito econômico do pronunciamento judicial, sem desejarmos ou até mesmo sem percebermos, deixamos desprotegido o consumidor “invisível”. Por isso, fundamental o cuidado com as particularidades do caso concreto - matéria de prova, nada obstante, afastada da análise da Corte Superior (Súmula 7, STJ) .

O pós-positivismo entende possível realizar ou assegurar direitos a partir de princípios (não de valores), reconhecendo-se a eficácia normativa destes, na perspectiva dworkiniana. Ainda assim, existem limites - ou seja, alternativas

de ação previamente estabelecidas aos agentes do sistema de justiça. É dizer que o respeito ao Estado de Direito pressupõe que a atuação dos agentes do sistema de justiça devem respeitar balizamentos, que tem dentre seus elementos claros o texto da lei. Logo, muito embora a norma nem sempre coincida com o enunciado, o texto legal, todavia, será sempre um referencial importante, porque é a partir dele que a cidadania cria as suas expectativas normativas.

No caso concreto, a Corte Superior se valeu dos princípios da equidade e da boa-fé (art. 4º, III, CDC) para considerar abusiva a cláusula que prevê a restituição aos promitentes compradores das quantias aos mesmos devidas somente após o efetivo término da obra, em caso de extinção do negócio jurídico celebrado entre as partes (art. 51, II e IV, CDC).

Já em relação ao verbete 543, importante consignar que os enunciados de súmula asseveram algo acerca das normas que pertencem ao ordenamento jurídico válido. Contem informação sobre o substrato material e/ou sobre as interconexões sistemáticas das normas jurídicas. Tem conteúdo normativo, na medida em que podem ser invocados como premissas para o julgamento de questões que não poderiam resolver-se unicamente com argumentos empíricos ou invocando dispositivos jurídicos vigentes.

Funcionam, ademais, em um contexto institucional e uniformizador, demonstrando derivar de outros enunciados que lhes são precedentes. Com isso, visa-se não apenas à solução de um caso jurídico específico, mas à orientação segura (marco teórico) para o julgamento de todos os casos que envolvam questões jurídicas idênticas. Desse modo, ajudam a prevenir falhas eventualmente cometidas em julgados anteriores e propiciam critérios para interpretação de situações análogas, objetivando levar segurança jurídica às relações sociais, minimizando-se a subjetividade e a discricionariedade dos julgamentos futuros.

No caso específico, define importante balizador em relação ao *quantum debeatur* a ser restituído aos adquirentes, nas hipóteses de extinção do contrato de promessa de compra e venda de unidade autônoma em incorporação imobiliária, seja por ato imputável ao vendedor (restituição integral dos valores pagos, sem prejuízo das perdas e danos), seja por ato imputável ao comprador (perdas das arras penitenciais e restituição parcial dos valores pagos). De igual modo, define, ainda que ressalvado o entendimento pessoal deste comentarista, o momento do cumprimento da obrigação de restituir do incorporador (imediatamente após a extinção do negócio jurídico).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, et alli. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense Universitária:1995.

REGO, Werson. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários: aspectos doutrinários e jurisprudenciais*. Rio de Janeiro. Editora Forense: 2002.

3.4. Contrato de Seguro de Veículo

RECURSO ESPECIAL N. 1.447.262-SC (2013/0387218-6)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Sul América Companhia Nacional de Seguros S/A

Advogado: Milton Luiz Cleve Kuster e outro(s)

Recorrido: Valentim Correa

Advogado: Sady Beck Júnior

Recorrido: Adriana Otto e outro

Advogado: Valdir Mendes

EMENTA

Recurso especial. Contrato de seguro de veículo. Acidente de trânsito. Apólice. Danos morais com valor em branco. Cláusula de exclusão dos danos morais. Inexistência. Artigos 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor. Correção monetária. Juros de mora. Termo inicial.

1. Os danos pessoais/corporais previstos no contrato de seguro de veículo englobam os danos morais, salvo se houver cláusula expressa que exclua tal garantia. Precedentes.

2. Não é razoável admitir que a simples lacuna de valores quanto ao campo “danos morais” seja suficiente para afastar por completo esse tipo de reparação, notadamente em virtude de a mesma apólice prever cobertura dos danos corporais.

3. Contrato que deve ser examinado à luz dos artigos 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor.

4. A correção monetária incide desde a data da celebração do contrato até o dia do efetivo pagamento do seguro, pois a apólice deve refletir o valor contratado atualizado. Precedentes.

5. Nas obrigações contratuais, os juros de mora devem incidir a partir da citação. Precedentes.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide, prosseguindo no julgamento, após a vista regimental do Sr. Ministro Relator, a Terceira Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e nesta parte negar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de setembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A.*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Noticiam os autos que *Valentim Correa* ajuizou ação de reparação de danos contra *Adriana Otto* e *Duarte Materiais de Construção Ltda.* em virtude de acidente de trânsito sofrido enquanto transitava com sua bicicleta (e-STJ fls. 1-15).

Denunciada à lide, *Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A.* aceitou sua condição de litisdenunciada e contestou a demanda (e-STJ fls. 166-177).

O juízo de primeiro grau julgou procedentes os pedidos iniciais e condenou os acionados solidariamente, nos seguintes termos:

(...)

1. ao pagamento da cirurgia no joelho do autor e demais despesas necessárias para a sua recuperação física em face do acidente descrito nos autos;

2. ao pagamento de indenização por danos morais em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) acrescida de juros de mora de 1% ao mês (explicação nos fundamentos para a não retroação destes) e correção monetária pelo INPC a partir da publicação desta sentença;

3. ao pagamento de indenização por danos estéticos em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigida e acrescida de juros como os danos morais.

Arcam os réus com as custas da ação principal e honorários do patrono do autor fixados em 20% do valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC). Neste aspecto não há solidariedade, cada réu é responsável por 50% desta condenação sucumbencial.

Acolho a lide secundária para declarar o direito de regresso da denunciante nos limites da apólice e deduzidos os valores já adiantados pela seguradora ao tratamento do autor.

Na lide secundária a seguradora foi vencida em 70% (cobertura dos danos morais e estéticos). Por isso arca com 70% das custas desta lide e honorários do patrono da denunciante em mil reais. Arca a denunciante com os 30% restantes das custas e honorários do patrono da denunciada em iguais mil reais. Compensa-se a verba honorária na lide secundária na proporção das perdas e ganhos (Súmula n. 306 do STJ).

Advirto os acionados e denunciada sobre a multa do art. 475-J do CPC.

A antecipação dos efeitos da tutela para determinar que os réus paguem a cirurgia ao autor de imediato e os valores necessários para seu tratamento e restabelecimento físico do autor, nos termos da fundamentação (e-STJ fl. 279).

A sentença foi mantida pela Quinta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em aresto que restou assim ementado:

Direito Civil. Obrigações. Responsabilidade civil decorrente de acidente de trânsito. Denúnciação da lide. Procedência em 1º grau. *Recurso de seguradora litisdenunciada*. Exclusão dos danos morais. Inexistência de cláusula expressa. Interpretação favorável ao consumidor. Súmula n. 402 do STJ. Previsão de danos corporais. Abrangência do conceito para danos morais e pessoais. Indenização securitária devida pela litisdenunciada. Ônus sucumbenciais na lide secundária. Resistência demonstrada. Sucumbência devida. Sentença mantida. Provimento negado.

Inexistindo cláusula contratual excluindo expressamente danos morais e existindo na apólice previsão para o pagamento de danos corporais, deve a seguradora arcar com o pagamento de danos morais e pessoais.

Fazendo a apólice referência a danos morais, desacompanhada de qualquer valor, prevalece a inclusão do benefício securitário, conforme se depreende da Súmula n. 402 do STJ e do ordenamento jurídico consumerista.

Condena-se nos ônus da sucumbência, litisdenunciada que opõe resistência à denunciação da lide, objetivando excluir ou limitar sua responsabilidade securitária (e-STJ fl. 337).

Os embargos de declaração opostos (e-STJ fls. 350-362) foram acolhidos para determinar a incidência (i) de correção monetária sobre o valor segurado desde a data da contratação do seguro (1º.2.2000) e (ii) de juros moratórios contados a partir da citação da seguradora (3.8.2005).

O acórdão ficou assim resumido:

Processual Civil. Embargos declaratórios. Omissão. Ocorrência. Atualização do valor segurado. Manifestação necessária. Correção monetária. Data da contratação. Embargos acolhidos. Juros moratórios. Termo *a quo* a partir da citação. Apólice adequada *ex officio*.

Acolhe-se embargos declaratórios para suprir omissão no acórdão embargado, determinando-se a atualização do valor segurado.

Aos valores previstos na apólice incidem correção monetária a partir da contratação do seguro e juros legais contados da citação da seguradora (e-STJ fl. 392).

No especial (e-STJ fls. 400-422), a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos com as respectivas teses:

(i) artigos 1.432 e 1.460 do Código Civil/1916 e 757, 760, 778 e 781 do Código Civil/2002 - entendendo (a) que os danos morais pretendidos na inicial não foram objeto de contratação na apólice de seguro e (b) que a condenação ao pagamento das despesas médicas e cirúrgicas deve ser enquadrada na rubrica “danos pessoais - corporais”, e não em “danos emergentes - materiais” e

(ii) artigos 955 e 963 do Código Civil/1916 e 394 e 396 do Código Civil/2002 - ao argumento de que (a) o termo inicial de correção monetária deve coincidir com a data do sinistro, e não da contratação do seguro, e (b) deve ser afastada a condenação aos juros de mora, pois, a seu ver, somente serão devidos após o trânsito em julgado da lide principal.

Requer, por fim, que sejam imputados os ônus da sucumbência exclusivamente ao réu/denunciante.

Decorrido sem manifestação o prazo para as contrarrazões (e-STJ fl. 450), e não admitido o recurso na origem (e-STJ fls. 451-453), foi provido o recurso de agravo para melhor exame do recurso especial (e-STJ fls. 481-482).

É o relatório.

VOTO

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

Cuida-se de ação de reparação de danos em virtude de acidente de trânsito em que denunciada à lide a seguradora, ora recorrente.

(i) Da cobertura pelos danos morais

A discussão principal travada no presente recurso especial limita-se à cobertura dos danos morais no seguro do veículo causador de acidente de trânsito.

Para a recorrente, os danos morais pretendidos na inicial não foram objeto de contratação na apólice de seguro.

A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que os danos pessoais ou corporais, nos seguros de automóvel, englobam os danos morais, salvo se houver cláusula expressa que os exclua.

A propósito:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de reparação de danos. Seguradora responsável pelo pagamento de indenização por danos morais. Inclusão dos danos morais nos danos corporais.

Precedentes.

1. O entendimento do Tribunal de origem está em harmonia com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que *a previsão contratual de cobertura dos danos corporais abrange os danos morais nos contratos de seguro*. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento com aplicação de multa.

(AgRg no AREsp n. 360.772-SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3.9.2013, DJe 10.9.2013 - grifou-se)

Recurso especial. Civil. Acidente de veículo. Seguro. Danos morais. Cláusula autônoma excluindo obrigação. Ausência de contratação. Cobertura. Inexistência. Indenização. Descabimento.

1 - Consoante o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, *a previsão contratual de cobertura dos danos pessoais abrange os danos morais tão-somente se estes não forem objeto de exclusão expressa ou não figurarem como objeto de cláusula contratual independente*, o que não ocorre na espécie. Hipótese da Súmula n. 402 do Superior Tribunal de Justiça.

2 - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 862.928-PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 23.11.2009 - grifou-se)

Recurso especial. Civil. Seguro. Danos morais. Cláusula autônoma excluindo obrigação. Ausência de contratação. Cobertura. Inexistência. Indenização. Descabimento.

1. Consoante o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, *a previsão contratual de cobertura dos danos pessoais abrange os danos morais tão-somente se estes não forem objeto de exclusão expressa ou não figurarem como objeto de cláusula contratual independente*.

2. A Corte de origem expressamente consignou que o contrato de seguro previa, em cláusulas distintas autônomas, a exclusão do direito à percepção aos danos morais e o segurado optou por não contratar a cobertura para este último, não podendo exigir, agora, com a ocorrência do sinistro, o seu pagamento pela seguradora.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 742.881-PB, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), DJe 2.4.2009 - grifou-se)

Civil e Processual. Indenização. Danos corporais. Alcance do termo. Compreensão dos danos morais. Seguradora. Contrato. Denúnciação à lide. Procedência do pedido de restituição dos danos morais. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Agravo regimental. Improvimento.

I. *Entende-se incluídos nos chamados danos corporais contratualmente cobertos, a lesão moral decorrente do sofrimento e angústia da vítima de acidente de trânsito, para fins de indenização securitária.*

II. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 935.821-MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 6.12.2007, DJe 17.3.2008 - grifou-se)

Esse entendimento está consolidado no enunciado da Súmula n. 402-STJ:

O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão.

Quanto à presença de cláusula excludente dos danos morais, assim se manifestou o Tribunal de origem:

(...)

Com sua contestação a litisdenunciada juntou aos autos o documento de fls. 152-179, que trata do manual vigente a partir de 17.9.2000, e diz respeito ao seguro para automóveis referente ao Sul América Auto e “cancela, automaticamente, as edições anteriores”.

A apólice de seguro objeto dos autos, fl. 100, tem vigência a partir de 1º.2.2000, de sorte que o “novo” manual, elaborado unilateralmente pela requerida, não tem o condão de retroagir para atingir a apólice firmada pelas partes antes dele, ainda que o acidente tenha ocorrido depois de 17.9.2000.

Além disso, o manual elaborado unilateralmente pela seguradora não tem o condão de impor deveres ao consumidor, mas apenas à seguradora. Como se sabe, a imposição de deveres e obrigações às pessoas e aos contratantes decorre da lei e do contrato, em cujas categorias não está o manual.

Verifica-se do processado que *a seguradora não juntou qualquer documento* - o manual antes referido não vincula consumidores e segurados e não retroage para atingir negócios jurídicos celebrados antes de sua elaboração - *comprovando a existência de cláusula limitativa de responsabilidade e a apólice de seguros, como já se viu, também não afasta a responsabilidade da seguradora ao pagamento dos danos morais porque prevê cláusula geral de seguro por danos corporais.*

Competia à seguradora a prova de que a segurada e consumidora - Adriana Otto - tinha ciência inequívoca acerca da exclusão dos danos morais da apólice de seguros, conforme art. 333, II, do Código de Processo Civil, o que não fez.

Outrossim, a apólice de seguro (fl. 100) demonstra que a segurada contratou a cobertura de danos materiais e corporais no limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um deles.

Não havendo nos autos prova de que o consumidor tinha ciência da exclusão dos danos morais da apólice e existindo no contrato de seguro previsão de cobertura de danos corporais, deve a seguradora arcar solidariamente com o pagamento da indenização, conforme determinado na sentença (e-STJ fls. 343-344 - grifou-se).

Portanto, como afirmado no acórdão recorrido, o “manual” juntado aos autos pela seguradora, em que consta a cláusula excludente de danos morais, tem data posterior à da assinatura do contrato e não pode ser considerado, haja vista a falta de comprovação de que o contrato examinado pela autora tem o mesmo teor.

Conclusão em sentido contrário exigiria o revolvimento de provas, inviável na estreita via do recurso especial (Súmulas n. 5 e 7-STJ).

Afastada a vinculatividade do “manual”, o Tribunal examinou os termos do contrato de acordo com a apólice do seguro, em conformidade com o que preceitua o artigo 758 do Código Civil:

O contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio.

Veja-se excerto do voto condutor, na parte que interessa:

(...)

Aduz a apelante seguradora que os danos morais não se encontram contemplados na apólice, pois estas contém previsão apenas para danos corporais.

Salienta, também, que a cobertura contratual para danos morais constituía opção adicional para o segurado, consoante encontra-se expressamente previsto na apólice de fl. 100, que se encontra “em branco” na rubrica “danos morais”.

A regra geral é a de que a garantia prevista no contrato de seguro para cobertura de danos pessoais e corporais incluem os danos morais, por serem estes espécie daqueles.

Neste sentido, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

‘É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que estão ‘incluídos nos chamados danos corporais contratualmente cobertos, a lesão moral decorrente do sofrimento e angústia da vítima de acidente de trânsito, para fins de indenização securitária’ (STJ - 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, REsp n. 1.197.028-AL, j. 28.2.2012).

O entendimento supra decorre de sumulado posicionamento segundo o qual “contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão” (Súmula n. 402 do STJ).

Diz a seguradora que o contrato de seguro possui cláusula expressa de exclusão e que na apólice de seguros a rubrica “danos morais” está “em branco” por não ter sido contratada.

A controvérsia dos autos consiste em saber se se pode considerar como “cláusula expressa de exclusão”, nos termos da Súmula n. 402 do STJ, a circunstância fática de constar na apólice (fl. 100) a rubrica “danos morais” sem

preenchimento, acompanhada da rubrica “danos corporais” preenchida com algum valor, como é o caso dos autos.

Verifica-se na Apólice n. 403974-2, que repousa à fl. 100 dos autos, na parte que importa para resolver a controvérsia, o seguinte:

Garantias (LMI=Limite Máximo de Indenização)

Veículo

Acessórios (total)R\$

Equipamentos.....R\$

Carroceria.....R\$

Danos Materiais.....R\$20.000,00 LMI

Danos Corporais.....R\$20.000,00 LMI

Morte.....R\$15.000,00 LMI

Inval. Permanente.....R\$15.000,00 LMI

Danos Morais.....R\$

Diárias por Indisp.....R\$

R. Civil Obrig. (RCO)....R\$

D. Materiais (RCO).....R\$

D. Corporais (RCO).....R\$

Entendo que a rubrica “danos morais” na apólice, desacompanhada de valor, não pode ser erigida à condição de “cláusula expressa de exclusão”, nos termos da Súmula n. 402 do STJ. O raciocínio seria diferente, por exemplo, se ao lado da rubrica “danos morais” contivesse expressão equivalente a “obrigação não garantida pela presente apólice”, o que obviamente não é o caso dos autos (e-STJ fls. 342-343).

Na espécie, portanto, constou da apólice a garantia dos danos corporais com o valor limite de cobertura e dos danos morais com o valor em branco.

Considerando que a prova em questão encontra-se delimitada no aresto, é cabível, em recurso especial, nova valoração jurídica, sem importar em ofensa aos óbices das Súmulas n. 5 e 7-STJ.

A esse respeito:

Processual Civil e Civil. Agravo no recurso especial. Ação de rescisão contratual. Compra e venda de soja. Entrega futura. Rescisão. Onerosidade excessiva. Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade.

1. Reconhecidas no acórdão de origem as bases fáticas em que se fundamenta o mérito, não configura reexame de fatos e provas sua mera valoração.

2. Nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se cogita a imprevisão.

3. Agravo não provido.

(AgRg no REsp n. 1.210.389-MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado 24.9.2013, DJe 27.9.2013)

Assim, os termos da apólice devem ser avaliados à luz dos artigos 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor, de modo a serem interpretados de forma favorável ao consumidor.

Dispõem os artigos citados:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Diante disso, não é razoável admitir que a simples lacuna de valores quanto ao campo “danos morais” seja suficiente para afastar por completo esse tipo de reparação, notadamente em virtude de a mesma apólice prever cobertura dos danos corporais.

Não merece nenhum reparo, portanto, o acórdão recorrido.

(ii) Da condenação ao pagamento das despesas médicas e cirúrgicas

No ponto, a recorrente sustenta que a condenação ao pagamento das despesas médicas e cirúrgicas deve ser enquadrada na rubrica “danos pessoais - corporais”, e não em “danos emergentes - materiais”, como entendeu o acórdão recorrido.

A despeito do esforço argumentativo, nota-se que, nesse aspecto, o especial foi elaborado sem a técnica recursal exigida nesta instância especial, porquanto os dispositivos de lei que aponta violados (artigos 1.432 e 1.460 do Código Civil/1916 e 757, 760, 778 e 781 do Código Civil/2002) não versam, sequer indiretamente, acerca da questão trazida a debate.

Aplica-se, à espécie, o disposto na Súmula n. 284-STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

A propósito:

Processual Civil. Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Legitimidade passiva. Dispositivo que não contém comando capaz de infirmar o juízo emitido pelo acórdão recorrido. Súmula n. 284-STF. Interpretação de direito local. Impossibilidade. Súmula n. 280-STF.

1. Não viola o art. 535, II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. *O art. 267, VI, do CPC não contém comando capaz de fundamentar a alegação dos recorrentes, no sentido de que o adicional de 2% é destinado a um fundo “para custear os proventos dos servidores”, o que justifica a ilegitimidade passiva do IPERGS.*

3. A controvérsia suscitada pelos recorrentes demanda análise de direito local, pelo que se aplica, por analogia, a Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

(REsp n. 915.932-RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 10.4.2007, DJ 23.4.2007 - grifou-se)

Além disso, a inversão das conclusões do julgado atacado, no tópico, demandaria reexame das cláusulas contratuais insertas na apólice de seguro, procedimento interdito nesta Corte, tendo em vista os óbices das Súmulas n. 5 e 7-STJ.

(iii) Do termo inicial da correção monetária

A pretensão recursal de que o termo inicial da correção monetária coincida com a data do sinistro, e não da contratação do seguro, não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, sedimentada no sentido de que, nas indenizações securitárias, a correção monetária incide desde a data da celebração do contrato até o dia do efetivo pagamento do seguro, pois a apólice deve refletir o valor contratado atualizado.

Nesse sentido:

Processual Civil. Embargos de declaração. Contradição. Inexistência. Termo inicial da correção monetária.

(...)

2. *A correção monetária deve incidir desde a celebração do contrato de seguro, uma vez que a apólice deve refletir o valor contratado atualizado até o momento do pagamento do seguro.* Precedentes.

3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos apenas para explicitar o termo inicial da correção monetária.

(EDcl nos EDcl no REsp n. 1.076.138-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 16.8.2013 - grifou-se)

Embargos de declaração. Recurso especial. Seguro de vida. Pagamento da cobertura. Correção monetária. Juros de mora.

1. *Os valores da cobertura de seguro de vida devem ser acrescidos de correção monetária a partir da data em que celebrado o contrato entre as partes.* Precedentes.

(...)

3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

(EDcl no REsp n. 765.471-RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 6.6.2013 - grifou-se)

Seguro. Pagamento a menor. Correção monetária. Indenização por danos materiais e morais. Precedentes da Corte.

1. *O pagamento do valor segurado deve ser calculado com a devida correção monetária, computada desde a data do contrato até a do efetivo pagamento.*

(...)

4. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

(REsp n. 702.998-PB, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 1º.2.2006 - grifou-se)

(iv) Do termo inicial dos juros de mora

No tocante aos juros moratórios, o acórdão recorrido também está em harmonia com a orientação desta Corte no sentido de que, na responsabilidade contratual - caso dos autos -, o termo inicial dos juros de mora é a data da citação, consoante se observa dos seguintes precedentes:

Agravo regimental. Ação de cobrança. Seguro de veículo. Acidente de trânsito. Embriaguez de terceiro condutor. Juros de mora. Termo inicial.

1.- Segundo a jurisprudência deste Tribunal, a culpa exclusiva de terceiro na ocorrência de acidente de trânsito, por dirigir embriagado, não é causa da perda do direito à indenização, por não configurar agravamento do risco imputável à conduta do próprio segurado.

2.- Nas obrigações contratuais, os juros de mora devem incidir a partir da citação.

3.- Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no REsp n. 1.404.981-MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 10.12.2013, DJe 19.12.2013 - grifou-se)

Civil. Contrato de seguro. Sinistro. Furto de veículo. Agravamento de risco. Não configurado. Rediscussão. Impropriedade da via eleita. Súmula n. 7-STJ. Valor da indenização. Valor da apólice. Juros de mora. Termo inicial. Citação.

I. Inadmissível revolvimento de fatos e provas em que constituído os julgamentos proferidos pelas instâncias ordinárias, em razão do óbice da Súmula n. 7-STJ.

II. O valor da apólice deve ser observado no cálculo da indenização, tendo em vista o pagamento do prêmio respectivo.

III. Os juros de mora são devidos desde a citação, em caso de ilícito contratual (art. 406 do Código Civil).

IV. Recurso especial conhecido em parte, e parcialmente provido.

(REsp n. 651.555-MT, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 29.9.2009, DJe 16.11.2009 - grifou-se)

(v) Dos ônus sucumbenciais

No ponto, a recorrente não apontou, clara e precisamente, quais os dispositivos de lei federal que teriam sido interpretados de modo divergente pelo acórdão recorrido.

Ressalte-se que, mesmo nos casos em que o recurso especial é interposto pela alínea c do artigo 105 da Constituição Federal, imprescindível se mostra a indicação do artigo legal tido como violado ou ao qual foi negada vigência, pois o dissídio jurisprudencial baseia-se na interpretação divergente da lei federal.

Aplica-se, à espécie, por analogia, o disposto na Súmula n. 284-STF: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*”.

Confira-se:

Agravo regimental nos embargos de divergência. Processo Civil. Recurso especial. Alínea **a**. Ausência de indicação expressa do dispositivo de lei tido por violado. Inadmissão. Incidência da Súmula n. 284 do STF. Matéria pacificada na Corte. Incidência da Súmula n. 168 do STJ. Embargos de divergência aos quais se nega seguimento.

*1. É imprescindível a indicação expressa do dispositivo de lei tido por violado para o conhecimento do recurso especial, quer tenha sido interposto pela alínea **a** quer pela **c**.*

2. Não cabe, em sede de embargos de divergência, a revisão do juízo de admissibilidade feito pelo acórdão embargado, que considerou parte das questões não prequestionadas, bem como indemonstrado o dissídio jurisprudencial.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EREsp n. 382.756-SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 18.11.2009, DJe 17.12.2009 - grifou-se)

(vi) Do dissídio jurisprudencial

Acrescente-se, por fim, que, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, inviável o conhecimento do recurso especial pela alínea **c** do permissivo constitucional quando não demonstrada, como no caso vertente, a similitude fática entre as hipóteses confrontadas, inviabilizando a análise da divergência de interpretação da lei federal invocada.

Nesse sentido: REsp n. 1.131.621-RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14.12.2010, DJe 10.2.2011, e AgRg no REsp n. 1.100.486-RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 3.5.2011, DJe 6.6.2011.

(vii) Do dispositivo

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

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Orlando Celso da Silva Neto*¹

*José Rubens Morato Leite*²

*Marina Demaria Venâncio*³

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO.

Trata-se de *Recurso Especial* interposto pela *Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A.*, em decorrência de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado Santa Catarina* (TJSC) no julgamento do Processo n. 20100604634, que negou provimento à apelação ajuizada pela companhia de seguros, mantendo a sentença que a condenou ao pagamento de danos morais e pessoais.

Pontua-se que a problemática discutida nesse *Recurso Especial* se refere, na origem, à ação de reparação de danos ajuizada por *Valentim Correa*, ora requerido, em face de *Adriana Otto* e *Duarte Materiais de Construção Limitada*, em decorrência de acidente de trânsito. Destaca-se que a *Sul América Companhia Nacional De Seguros S.A.* foi denunciada à lide, aceitando sua condição de litisdenunciada e apresentando contestação.

Em Primeiro Grau o juiz julgou procedentes os pedidos formulados por ocasião da petição inicial, condenando solidariamente as acionadas ao pagamento das despesas necessárias para a recuperação física do requerido e ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos, devidamente acrescidas de juros de mora de 1% ao mês e de correção monetária pelo índice nacional de preços ao consumidor (INPC) a partir da data da publicação da sentença.

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina, associado do BRASILCON. Pesquisador líder do Grupo de Pesquisa Direito Civil na contemporaneidade, cadastrado no CNPQ/DGP. Advogado, Conselheiro Estadual da OAB/SC, membro da Comissão Especial de Direito da Energia do CFOAB.

² Professor Titular da Universidade Federal de Santa Catarina e Presidente do Instituto O Direito por Um Planeta Verde. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco, cadastrado no CNPq/GPDA/UFSC. Consultor e Bolsista 1 D do CNPq.

³ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica do CNPq. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco, cadastrado no CNPq/GPDA/UFSC.

Inconformada, a requerente apelou da sentença, que foi mantida pelo TJSC nos termos supramencionados. Pontua-se que a seguradora interpôs embargos de declaração, que foram acolhidos tão somente para determinar a incidência: (1) dos juros da mora a partir da data de citação da seguradora; e (2) da correção monetária desde a data da contratação do seguro.

A seguradora interpôs então o Recurso Especial, ora analisado, no qual alegou que houve contrariedade aos artigos: 955, 963, 1.432 e 1.460 do Código Civil de 1.916; e 394, 396, 757, 760, 778 e 781 do Código Civil de 2002. Pugnou, assim, pela cassação do acórdão recorrido, enaltecendo (1) que os danos morais não foram objeto da contratação do seguro; (2) que a condenação ao pagamento das despesas médicas fora erroneamente enquadrada na rubrica “danos emergentes – materiais”; (3) que o termo inicial correto para a correção monetária é a data do sinistro; (4) que a condenação aos juros de mora é impertinente, uma vez que estes são devidos apenas depois do trânsito em julgado da lide principal; e (5) que os ônus da sucumbência que devem ficar apenas ao encargo da denunciante.

Em face do apresentado, a Terceira Turma do *Superior Tribunal de Justiça* (STJ), decidiu por unanimidade conhecer parcialmente o Recurso Especial e, nessa parte, negar-lhe provimento nos termos do voto do Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva.

A Turma entendeu que o recurso deveria ser conhecido apenas para analisar se o fato de constar da apólice um campo denominado ‘dano moral’ não preenchido significaria a exclusão da cobertura. O Ministro Relator entendeu que, como o Tribunal de origem havia analisado toda a questão, seria cabível nova valoração jurídica, sem importar em revolvimento de provas, sem ofensa às Súmulas 5 e 7 do STJ.

A conclusão tomada levou em conta a análise de questões de suma importância no Direito do Consumidor, notadamente sobre informação adequada, interpretação contratual e abusividade de cláusulas contratuais.

Diante do exposto, é possível realizar alguns apontamentos – teóricos e dogmáticos – acerca dos fundamentos que embasaram este acórdão do STJ.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Ressalta-se que as temáticas-chave do acórdão centram-se na cobertura dos danos extrapatrimoniais por contrato de seguro de veículo automotor envolvido

em acidente, notadamente no que diz respeito às coberturas, informação adequada e prévio conhecimento do contrato. Neste sentido rememoram-se alguns princípios, no âmbito do direito do consumidor, que são fundamentais ao estudo do caso em análise.

Dessa forma, tem-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) dispõe, em seus artigos 46 e 47, que os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores se forem redigidos de maneira a complicar a compreensão de seu sentido e alcance, sendo que as cláusulas contratuais dúbias deverão ser interpretadas de maneira mais benéfica ao consumidor. Reside aqui o fundamento do *princípio da interpretação mais favorável ao consumidor*, que impõe ao intérprete que, diante de um contrato de consumo, atribua “às suas cláusulas conexões de sentido que atendam, de modo equilibrado e efetivo, aos interesses do consumidor, parte vulnerável da relação”⁴.

Ainda no âmbito do ordenamento jurídico consumerista, outro princípio que se destaca é o da *transparência*. Nos termos do art. 4º do CDC, a Política Nacional das Relações de Consumo busca, dentre vários objetivos, a transparência das relações de consumo. Tal princípio veda, assim, “*que o fornecedor se valha de cláusulas dúbias ou contraditórias para excluir direitos do consumidor*”⁵.

A informação adequada e completa é também obrigação indissociável do fornecedor no processo de consumo, inclusive (talvez principalmente) na sua fase pré-contratual. O artigo 31 do Código trata do tema, impondo aos fornecedores uma série de deveres. Não houve, no acórdão, análise expressa do cumprimento adequado do dever de informação, fundamental para a caracterização do consentimento informado, que é condição de validade da cláusula contratual, mas pode se inferir, pela conclusão, que o fornecedor falhou no cumprimento deste dever.

Inicialmente, o acórdão afastou a alegação da Recorrente de que o manual traria informação sobre a exclusão da cobertura de danos morais, nos seguintes termos: “*o “manual” juntado aos autos pela seguradora, em que consta a cláusula excludente de danos morais, tem data posterior à da assinatura do contrato e não pode ser considerado, haja vista a falta de comprovação de que o contrato examinado pela*

⁴ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 69.

⁵ BRAGA NETTO, 2013, p. 54.

autora tem o mesmo teor.” Acertadamente concluiu-se que, se o documento é posterior à contratação, obviamente não foi dado ao consumidor ‘conhecimento prévio’ da obrigação, que não pode, por certo, lhe obrigar.

O principal ponto do acórdão é a existência ou não do dever de cobrir indenização por danos morais fixados em sentença e mantidos pelo acórdão do Tribunal de origem. Sobre a macro-questão - ‘cobertura de danos morais nos seguros de dano pessoal’, há diversos precedentes do STJ. Tantos que a 2ª Seção editou a Súmula n. 402, que dispõe “*O contrato de seguro por danos pessoais, compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão*”. Tal entendimento encontra respaldo no julgamento dos seguintes recursos especiais: REsp 122.663-RS; REsp 131.804-PR; Resp 153.837-SP; REsp 237.913-SC; REsp 591.729-MG; REsp 742.881-PB; 755.718-RJ; 929.991-RJ.

O que torna especialmente interessante e relevante o acórdão comentado é que este analisou questão conexa e pertinente à regra enunciada na Súmula 402, mas não idêntica. No caso em comento, ao contrário do que se discutiu naqueles precedentes que levaram à edição da Súmula 402, discutia-se se, em um modelo padrão de apólice, que contém várias opções, o não preenchimento de uma das opções (cobertura de dano moral) significava que a indenização por danos morais não se encontrava coberta. Ou seja, em outras palavras, ao se deixar a quadrícula ‘danos morais’ em branco, a discussão era se este não preenchimento era equivalente à ‘exclusão expressa de cobertura’. Se a conclusão fosse no sentido de que a quadrícula em branco significasse ou fosse equivalente a uma exclusão expressa, então não existiria o dever de indenizar as verbas concedidas por sentença a título de dano moral; se não significasse, então existiria o dever de indenizar.

O Ministro relator concluiu, à luz dos artigos 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor, que “*não é razoável admitir que a simples lacuna de valores quanto ao campo “danos morais” seja suficiente para afastar por completo esse tipo de reparação, notadamente em virtude de a mesma apólice prever cobertura dos danos corporais*”

O argumento da recorrente, no sentido de que o não preenchimento da quadrícula significou a não cobertura da contratação da indenização por dano moral, não prevaleceu ante a necessidade de que cláusulas restritivas de direito sejam redigidas com destaque e, conforme o caso, exijam até mesmo a anuência específica do consumidor (para a cláusula, e não para o contrato em geral). Esta parece ser uma tendência atual da jurisprudência, a qual inclusive já vem modificando o comportamento e as práticas contratuais de agentes econômicos.

Nesta linha, Claudia Lima Marques⁶ já mencionava, há mais de 10 anos, que: *“A tendência atual é de examinar a qualidade da vontade manifestada pelo contratante mais fraco, mais do que sua simples manifestação: somente a vontade racional, a vontade realmente livre (autônoma) e informada, legítima, isto é, tem o poder de ditar a formação e, por consequência, os efeitos dos contratos entre consumidores e fornecedores”*.

Portanto, o acórdão afirmou que deve ser dada informação clara ao consumidor sobre eventual exclusão de cobertura de danos morais, a qual, como regra (Súmula 402), está compreendida no contrato de seguro por danos pessoais. Tentativas disfarçadas de exclusão não terão eficácia. Somente a informação clara e o consentimento específico do consumidor poderão caracterizar a exclusão de cobertura. Nesse sentido, ainda que não tenha ocorrido pronunciamento expresso sobre o assunto, é de se inferir que, no caso concreto, a maneira como colocada ao consumidor a escolha de contratar ou não contratar a cobertura por danos morais não atendeu aos deveres legais de informação adequada e oportunidade adequada de prévio conhecimento⁷.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.447.262 reafirma três regras jurídicas bem conhecidas no Código de Defesa do Consumidor: a de que o consumidor não será obrigado por aquelas disposições sobre as quais não tiver conhecimento prévio; a de que cláusulas que importem restrições de direito devem ser redigidas de forma clara, com destaque e exigem anuência específica do consumidor para serem válidas e, por fim, de que o consumidor deve receber informação clara e adequada.

Ao considerar que não é razoável que a simples lacuna de valores no campo ‘dano moral’ da apólice formulário signifique ausência de cobertura, a Terceira Turma reafirmou estas três regras, possibilitando assim uma maior proteção

⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa de Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.712-713.

⁷ Nesse sentido, Orlando Celso da Silva Neto e João de Bona Filho (De BONA FILHO, João; SILVA NETO, Orlando Celso da. Notas sobre livre convencimento do consumidor e interpretação contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, Ano 22, Volume 86, mar/abril 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 257) afirmaram: “O espírito do artigo 46 exige que o consumidor tome, ou ao menos tenha oportunidade de tomar, conhecimento prévio das condições de contratação. Conhecimento é condição que só se pode alcançar se houver tempo para apreensão e compreensão do conteúdo. A lei parece pressupor que o consumidor tem tempo adequado de reflexão em todas as relações de consumo, o que nem sempre é verdade.

aos consumidores, firmando uma regra que tem a possibilidade de moldar comportamentos futuros dos fornecedores, os quais, se desejarem a efetiva exclusão da cobertura por danos morais, deverão adaptar seus formulários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.

DE BONA FILHO, João; SILVA NETO, Orlando Celso da. Notas sobre livre convencimento do consumidor e interpretação contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, Ano 22, Volume 86, mar/abril 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa de Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA NETO, Orlando Celso. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

3.5. Contrato de Telefonia (serviços públicos)

RECURSO ESPECIAL N. 1.301.989-RS (2012/0000595-0)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Recorrente: Sérgio Marques Assessoria Imobiliária Ltda
Advogados: Vinicius de Figueiredo Teixeira
Luis Felipe Cunha
Recorrente: Brasil Telecom S/A
Advogado: Bárbara Van Der Broock de Castro e outro(s)
Recorrido: Os mesmos

EMENTA

Recurso especial representativo da controvérsia. Civil e Processual Civil. Brasil Telecom S/A. Contrato de participação financeira. Cessão de direitos. Legitimidade ativa do cessionário. Complementação de ações. Conversão da obrigação em perdas e danos. Critérios. Coisa julgada. Ressalva.

1. Para fins do art. 543-C do CPC:

1.1. O cessionário de contrato de participação financeira tem legitimidade para ajuizar ação de complementação de ações somente na hipótese em que o instrumento de cessão lhe conferir, expressa ou tacitamente, o direito à subscrição de ações, conforme apurado nas instâncias ordinárias.

1.2. Converte-se a obrigação de subscrever ações em perdas e danos multiplicando-se o número de ações devidas pela cotação destas no fechamento do pregão da Bolsa de Valores no dia do trânsito em julgado da ação de complementação de ações, com juros de mora desde a citação.

1.3. Os dividendos são devidos durante todo o período em que o consumidor integrou ou deveria ter integrado os quadros societários.

1.3.1. Sobre o valor dos dividendos não pagos, incide correção monetária desde a data de vencimento da obrigação, nos termos do art. 205, § 3º, Lei n. 6.404/1976, e juros de mora desde a citação.

1.3.2. No caso das ações convertidas em perdas e danos, é devido o pagamento de dividendos desde a data em que as ações deveriam ter sido subscritas, até a data do trânsito em julgado do processo de conhecimento, incidindo juros de mora e correção monetária segundo os critérios do item anterior.

1.4. Ressalva da manutenção de critérios diversos nas hipóteses de coisa julgada.

2. *Caso concreto:*

2.1. Recurso Especial de *Brasil Telecom S/A*: Ausência de indicação do dispositivo de lei federal que fundamenta a alegada divergência jurisprudencial, o que atrai a incidência do óbice da Súmula n. 284-STF.

2.2. Recurso Especial de *Sérgio Marques Assessoria Imobiliária Ltda*:

2.2.1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes.

2.2.2. Ausência de indicação do dispositivo de lei federal que fundamenta a alegada divergência jurisprudencial no que tange à questão da legitimidade ativa. Óbice da Súmula n. 284-STF.

2.2.3. “Nos contratos de participação financeira para a aquisição de linha telefônica, o Valor Patrimonial da Ação (VPA) é apurado com base no balancete do mês da integralização” (Súmula n. 371-STJ).

2.2.4. Aplicação do item 1.2 ao caso concreto.

2.2.5. Aplicação do item 1.3.2. ao caso concreto.

2.2.6. Carência de interesse recursal no que tange ao critério de arbitramento dos honorários advocatícios, devido à sucumbência recíproca.

3. *Recurso especial de Brasil Telecom S/A não conhecido e recurso*

especial de Sérgio Marques Assessoria Imobiliária Ltda parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial interposto por Brasil Telecom S/A e conhecer parcialmente do recurso especial interposto por Sérgio Marques Assessoria Imobiliária Ltda, dando-lhe provimento em parte, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foram definidas as seguintes teses: 1.1. O cessionário de contrato de participação financeira tem legitimidade para ajuizar ação de complementação de ações somente na hipótese em que o instrumento de cessão lhe conferir, expressa ou tacitamente, o direito à subscrição de ações, conforme apurado nas instâncias ordinárias. 1.2. Converte-se a obrigação de subscrever ações em perdas e danos multiplicando-se o número de ações devidas pela cotação destas no fechamento do pregão da Bolsa de Valores no dia do trânsito em julgado da ação de complementação de ações, com juros de mora desde a citação. 1.3. Os dividendos são devidos durante todo o período em que o consumidor integrou ou deveria ter integrado os quadros societários. 1.3.1. Sobre o valor dos dividendos não pagos, incide correção monetária desde a data de vencimento da obrigação, nos termos do art. 205, § 3º, Lei n. 6.404/1976, e juros de mora desde a citação. 1.3.2. No caso das ações convertidas em perdas e danos, é devido o pagamento de dividendos desde a data em que as ações deveriam ter sido subscritas, até a data do trânsito em julgado do processo de conhecimento, incidindo juros de mora e correção monetária segundo os critérios do item anterior. 1.4. Ressalva da manutenção de critérios diversos nas hipóteses de coisa julgada. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Sustentaram oralmente o Dr. Luciano de Souza Godoy, pelo primeiro Recorrente Sérgio Marques Assessoria Imobiliária Ltda, e o Dr. Bruno Di Marino, pela segunda Recorrente Brasil Telecom S/A.

Brasília (DF), 12 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial afetado ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil para a consolidação do entendimento desta Corte sobre as seguintes questões jurídicas (cf. fls. 684 e fl. 717):

- (i) legitimidade ativa do cessionário para o ajuizamento de ação de complementação de ações;
- (ii) critério para a conversão das ações em perdas e danos;
- (iii) critérios para conversão em perdas e danos da obrigação de pagar dividendos.

No caso dos autos, *Brasil Telecom S/A e Sérgio Marques Assessoria Imobiliária Ltda* insurgem-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul, assim sintetizado em sua ementa:

Apelação cível. Ação ordinária. Brasil Telecom S.A. Contrato de participação financeira. Aquisição de linha telefônica. Pedido de subscrição de ações da antiga CRT. Preliminares de ilegitimidade ativa "ad causam" relativa ao Contrato n. 92-120715 e de prescrição da pretensão principal e dos dividendos. Caso concreto. O contratante tem direito a receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial na data da integralização, entretanto, tal valor deve ser apurado no mês do investimento, mediante demonstração dos balancetes mensais da companhia e, caso parcelado o investimento, deve ser considerada a data do pagamento da primeira parcela. Precedentes do Egrégio STJ. Dobra acionária. A mesma quantidade de ações a serem subscritas pela Brasil Telecom deverá ser emitida e subscrita, em nome da Celular CRT. Conversão da obrigação em perdas e danos no caso de impossibilidade da subscrição. Critério de apuração da indenização. Quanto às ações da Brasil Telecom, deve ser utilizado o valor da cotação da ação no fechamento do pregão da Bovespa no dia útil anterior à data do efetivo pagamento. Em relação às ações da Celular CRT, o valor patrimonial atribuído à ação na primeira Assembléia-Geral realizada após a sua constituição (janeiro de 1999), com correção monetária a partir dessa data e juros legais a contar da citação. Pagamento de dividendos. Caso concreto. Matéria de fato. Reconhecido o direito à complementação de ações, responde a ré pelo pagamento dos dividendos correspondentes às ações subscritas a menor. Precedentes. Sucumbência. Com o provimento parcial do apelo, devem ser redimensionados os ônus da sucumbência. Acolheram a preliminar de ilegitimidade ativa, julgando,

no ponto, extinto o feito, sem resolução de mérito; com relação ao Contrato de Participação Financeira n. 71-019330, rejeitaram as preliminares e deram provimento, em parte, ao apelo. Unânime. (fl. 235)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Em suas razões, *Brasil Telecom S/A* alegou divergência jurisprudencial acerca do critério de conversão das ações em perdas e danos, postulando a conversão com base na cotação da data do efetivo pagamento.

Por sua vez, *Sérgio Marques Assessoria Imobiliária Ltda* alegou as seguintes violações à lei federal: (a) art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, sob o argumento de negativa de prestação jurisdicional; (b) art. 14, 170 e 202 da Lei n. 6.404/1976, art. 127 do Código de Processo Civil, arts. 122 Código Civil de 2002, insurgindo-se contra a tese do balancete mensal; (c) art. 402 do Código Civil, sustentando a conversão das ações em perdas e danos com base na cotação da data do efetivo pagamento; (d) arts. 389, 395, 404 e 884 do Código Civil de 2002, postulando a incidência de correção monetária sobre os dividendos desde a data em que devidos; (e) art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, na medida em que os honorários deveriam ter sido arbitrados em percentual da condenação. Aduziu dissídio jurisprudencial acerca da legitimidade ativa do cessionário para ajuizar ação de complementação de ações.

Ambas as partes apresentaram contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso interposto por *Brasil Telecom S/A* e pelo parcial provimento do recurso de *Sérgio Marques Assessoria Imobiliária Ltda*, na parte suscetível de conhecimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas, inicio analisando as teses a serem consolidadas.

A primeira tese diz respeito à *legitimidade ativa do cessionário para o ajuizamento de ação de complementação de ações*.

A questão é saber se o cessionário de um contrato de participação financeira tem legitimidade para pleitear a complementação de ações.

O contrato de participação financeira, no sistema de telefonia, continha

dois objetos distintos, a habilitação de uma linha telefônica e a subscrição de ações da companhia telefônica.

O consumidor que pretendesse transferir seus direitos a terceiros dispunha, essencialmente, de três alternativas:

- (a) ceder a titularidade da linha telefônica;
- (b) ceder a titularidade das ações que lhe foram subscritas;
- (c) ceder o direito à subscrição de ações.

Na alternativa (a), o cessionário sucedia o consumidor apenas na titularidade da linha telefônica, nada lhe assistindo no que tange a ações da companhia.

Na alternativa (b), o cessionário passava a titularizar as ações já efetivamente subscritas em nome do consumidor, não lhe assistindo direito à complementação de ações.

Na alternativa (c), o cessionário passava a suceder o consumidor no direito à subscrição de ações, assistindo-lhe o direito de titularizar as ações complementares, ou seja, aquelas ainda não subscritas em nome do consumidor.

Por exemplo, um consumidor que tivesse pago R\$ 1.000,00 por um contrato de participação financeira a ser cumprido no prazo de 12 meses. Findo o prazo, o consumidor teria recebido uma linha telefônica e, por exemplo, 1.000 ações da companhia.

Posteriormente, analisando-se os critérios para o cálculo do número de ações, verifica-se que o consumidor deveria ter recebido 1.200 ações, restando, portanto, um saldo de 200 ações a serem complementadas.

Em caso de cessão de direitos, na hipótese da alternativa (a), essas 200 ações deverão ser subscritas em nome do consumidor, pois o cessionário somente adquiriu a linha telefônica.

Na alternativa (b), as 200 ações também deverão ser subscritas em nome do consumidor, pois este cedeu apenas as ações que detinha (1.000 ações), não cedeu o direito à subscrição de ações.

Na alternativa (c), as 200 ações deverão ser subscritas em nome do cessionário, porque este passou a ser titular do direito à subscrição de ações.

Verifica-se nesse exemplo que o cessionário apenas terá legitimidade para pleitear a complementação de ações se tiver sucedido o consumidor também no direito à subscrição de ações.

Esse foi o entendimento que se firmou nesta Corte, conforme se verifica nos seguintes julgados:

Sociedade anônima. Ações. Cessão. TELECOM. Legitimidade ativa. O contratante que transferiu ações emitidas pela sociedade anônima não perde a legitimidade para requerer lhe sejam outorgadas as remanescentes ações a que se julga com direito, saldo esse que não foi objeto do negócio de cessão. Recurso conhecido em parte e provido.

(REsp n. 453.805-RS, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, julgado em 11.12.2002, DJ 10.2.2003)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Legitimidade ativa do cessionário. Contrato em que consta a transferência dos direitos. Legitimidade passiva da Brasil Telecom. Sucessora por incorporação da TELEPAR. Termo inicial dos juros de mora. Citação. Precedentes.

1. A Corte de origem, analisando o contrato de cessão entre as partes, que constou do referido ajuste a cessão de todos os direitos e obrigações contratuais ao cessionário. Dessa forma, o cessionário possui legitimidade ativa para o presente pleito de complementação acionária.

(...)

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 1.390.714-PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11.4.2013, DJe 25.4.2013)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Contrato de participação financeira. CRT. Brasil Telecom S/A. Ação de complementação de ações. Cessionário que adquire a linha telefônica de terceiro. Ilegitimidade ativa. Recurso improvido.

(AgRg nos EDcl no AgRg nos EDcl no Ag n. 932.217-RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17.9.2009, DJe 6.10.2009)

Interessante observar no AgRg no Ag n. 1.390.714-PR, supracitado, a referência à cessão de “todos os direitos” do contrato de participação financeira.

Embora seja comum essa cláusula de cessão de todos os direitos, o que efetivamente importa para se decidir a questão da legitimidade ativa é a cessão do direito à subscrição de ações.

Se houve a cessão de todos os direitos oriundos do contrato de participação financeira, por óbvio, o direito à subscrição de ações também foi cedido.

Não raros são os casos, porém, em que o cessionário pretende apenas investir em ações, não tendo interesse em se tornar titular de linhas telefônicas.

Em tais casos, embora não se encontre a cláusula de cessão de “todos os direitos”, é necessário analisar se houve a cessão do direito à subscrição de ações, pois é o que importa para se decidir acerca da questão da legitimidade ativa para o pedido de complementação de ações.

Ressalte-se que a análise do contrato cabe às instâncias ordinárias, cabendo a esta Corte Superior analisar apenas a questão da legitimidade, a partir do contexto fático-contratual delineado na origem.

Nessa ordem de ideias, proponho a consolidação da primeira tese nos seguintes termos: *O cessionário de contrato de participação financeira tem legitimidade para ajuizar ação de complementação de ações somente na hipótese em que o instrumento de cessão lhe conferir, expressa ou tacitamente, o direito à subscrição de ações, conforme apurado nas instâncias ordinárias.*

Passo à segunda tese a ser consolidada, referente ao *critério para a conversão das ações em perdas e danos.*

A questão da conversão da obrigação de subscrever ações em perdas e danos foi recentemente pacificada nesta Corte, tendo-se decidido pelo critério da cotação na data do trânsito em julgado, conforme se verifica no seguinte precedente:

Direito Civil. Contrato de participação financeira. Subscrição de ações. Brasil Telecom e celular. Violação ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil. Não-ocorrência. Critério para conversão em indenização por perdas e danos, em caso de impossibilidade de entrega das ações ao acionista. Recurso parcialmente provido.

I - Nas situações em que for impossível a entrega das ações, cumpre estabelecer-se critério indenizatório que recomponha ao acionista a perda por ele sofrida, conforme prevê o art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil.

II - As ações, como se sabe, comportam um risco em si mesmas, inerente à natureza da operação. A cotação das ações no mercado, em decorrência do risco, é algo incerto que varia dia a dia, mês após mês, ano após ano.

III - Não sendo possível a entrega das ações, seja em relação à telefonia fixa, seja em referência à telefonia móvel, uma forma de se resolver o problema é estabelecer-se que o valor da indenização será o resultado do produto da quantidade de ações multiplicado pela sua cotação na Bolsa de Valores, exatamente do dia do trânsito em julgado da demanda, ou seja, o valor da ação na Bolsa de Valores no dia em que o acionista passou a ter o direito irrecorrível de

comercializá-las ou aliená-las. Encontrado esse valor, o mesmo deve ser corrigido monetariamente a partir do pregão da Bolsa de Valores do dia do trânsito em julgado e juros legais desde a citação.

IV - No caso de eventual sucessão, ter-se-á como parâmetro o valor das ações na Bolsa de Valores da companhia sucessora pois os acionistas passaram, automaticamente, a ser acionistas da nova empresa.

V - O devedor, ora recorrido, ao não cumprir espontaneamente com sua obrigação contratual, assumiu os riscos e encargos previstos em Lei e necessários para a recomposição do prejuízo sofrido pelo credor.

VI - Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.025.298-RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Segunda Seção, julgado em 24.11.2010, DJe 11.2.2011)

Esse precedente foi integrado pelo seguinte acórdão de embargos de declaração:

Embargos de declaração. Subscrição de ações. Brasil Telecom. Conversão de obrigação de fazer em perdas e danos. Juros moratórios desde a citação. Selic. Precedente da Corte Especial. Nova correção monetária a partir da conversão. Impossibilidade. Embargos parcialmente acolhidos.

1. Em relação ao mérito, a Segunda Seção decidiu que “não sendo possível a entrega das ações, seja em relação à telefonia fixa, seja em referência à telefonia móvel, uma forma de se resolver o problema é estabelecer-se que o valor da indenização será o resultado do produto da quantidade de ações multiplicado pela sua cotação na Bolsa de Valores, exatamente do dia do trânsito em julgado da demanda, ou seja, o valor da ação na Bolsa de Valores no dia em que o acionista passou a ter o direito irrecorrível de comercializá-las ou aliená-las”.

2. Nesse ponto, a ciência por parte do devedor em relação ao valor da cobrança - no caso concreto, aquele decorrente da conversão da obrigação de entregar ações em indenização pecuniária - não é relevante para determinar o termo inicial de fluência dos juros moratórios, os quais devem correr tão logo seja verificado o marco legal de constituição do devedor em mora, por força de expressa previsão legal. A impossibilidade inicial de cumprir obrigação posteriormente reconhecida em sentença, seja pela iliquidez, seja por ausência de parâmetros seguros acerca do valor devido, não pode ser óbice à fluência dos juros moratórios, muito embora essa perplexidade não seja nova na doutrina e na jurisprudência.

Precedentes. Incidência das Súmulas n. 163 e n. 254 do Supremo Tribunal Federal. Assim, os juros moratórios contam-se desde a citação, incidindo no valor apurado para a indenização.

3. A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 do Código Civil de 2002, segundo precedente da Corte Especial (REsp n. 727.842-SP, Rel. Ministro *Teori*

Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 8.9.2008), é a SELIC, não sendo possível cumulá-la com correção monetária, porquanto já embutida em sua formação.

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para determinar a atualização do valor exclusivamente pela SELIC (desde a citação até o efetivo pagamento) e afastar a incidência de nova correção monetária a partir da conversão da obrigação em indenização.

(EDcl no REsp n. 1.025.298-RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 28.11.2012, DJe 1º.2.2013)

Na linha desse precedente, proponho a consolidação da segunda tese nos seguintes termos: *Converte-se a obrigação de subscrever ações em perdas e danos multiplicando-se o número de ações devidas pela cotação destas no fechamento do pregão da Bolsa de Valores no dia do trânsito em julgado da ação de complementação de ações, com juros de mora desde a citação.*

Na redação acima, absteve-se de mencionar a correção monetária, pois, conforme definido no acórdão de embargos de declaração supracitado, não é possível a cumulação de juros à taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia) e correção monetária.

Passo, por fim, à consolidação da última tese referente aos *critérios para conversão em perdas e danos da obrigação de pagar dividendos.*

A Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/1976) assegura aos acionistas os direitos essenciais elencados no seguinte dispositivo:

Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de:

I - participar dos lucros sociais;

II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;

III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;

IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172;

V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.

§ 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral.

§ 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os

acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

No inciso I, supra, elenca-se como direito essencial do acionista a participação nos lucros, que se dá, principalmente, na forma de distribuição de dividendos, conforme se verifica na redação do art. 202, *caput*, da Lei n. 6.404/1976, *litteris*:

Art. 202. Os acionistas têm direito de receber como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto ou, se este for omissivo, a importância determinada de acordo com as seguintes normas:

(...)

A propósito, leciona **Fábio Ulhôa Coelho**, *verbis*:

A sociedade anônima não é inteiramente livre para decidir sobre o destino dos seus ganhos. A lei determina que uma parcela destes deve ser repartida entre os acionistas (os dividendos obrigatórios), e que outra deve permanecer em seu patrimônio (as reservas). A companhia decide, com liberdade, o destino de seus ganhos apenas após o atendimento dessas destinações forçadas. (**Curso de direito comercial**, vol. 2: direito de empresa. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 355)

Assim, o titular de ações de uma S/A, especialmente o titular de ações preferenciais, tem direito ao recebimento de dividendos, havendo lucro, salvo hipóteses excepcionais, como as previstas no art. 202, §§ 3º e 4º, da Lei n. 6.404/1976.

O vencimento da obrigação de pagar dividendos é estabelecido no art. 205, § 3º, Lei n. 6.404/1976, nos seguintes termos:

Art. 205. A companhia pagará o dividendo de ações nominativas à pessoa que, na data do ato de declaração do dividendo, estiver inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação.

(...)

§ 3º O dividendo deverá ser pago, salvo deliberação em contrário da assembléia-geral, no prazo de 60 (sessenta) dias da data em que for declarado e, em qualquer caso, dentro do exercício social.

Os dividendos, portanto, são uma obrigação de dar quantia certa, de trato sucessivo (pois se repete a cada exercício), com datas de vencimento previamente estabelecidas.

Desse modo, a incidência de correção monetária e juros de mora segue o mesmo critério utilizado para obrigações dessa natureza, qual seja, correção monetária desde o vencimento e juros de mora desde a citação (cf. arts. 389 e 405 do CC/2002).

Uma última questão diz respeito ao início e fim da obrigação de pagar dividendos.

Nos termos do art. 205, *caput*, da Lei n. 6.404/1976, os dividendos são devidos “à pessoa que, na data do ato de declaração do dividendo, estiver inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação” (cf. art. 205, *caput*, da Lei n. 6.404/1976).

Então, o termo inicial da obrigação de pagar os dividendos é a data da em que o consumidor se tornou acionista da sociedade, ou seja, a data da subscrição das ações.

Cabe destacar aqui que essa data não se confunde com a data da assinatura do contrato de participação financeira.

Como já dito, esse contrato era uma simples promessa de subscrição de ações, de modo que o ingresso do consumidor nos quadros societários ocorria em momento posterior, quando a companhia efetivamente subscrevia as ações em seu nome.

O termo final da obrigação de pagar dividendos é a data em que o consumidor deixou de integrar os quadros societários.

No caso de conversão da obrigação de subscrever ações em perdas e danos, essa data é a do trânsito em julgado da ação de conhecimento, conforme definido na análise da tese anterior.

Assim, por exemplo, se um consumidor celebrou um contrato em outubro de 1993 e teve 1.000 ações subscritas em outubro de 1994, quando, na verdade, teria direito a 1.200 ações, terá direito a todos os dividendos distribuídos após outubro de 1994 (termo inicial da obrigação).

Quanto ao termo final da obrigação de pagar dividendos, há duas situações distintas.

Relativamente às 1.000 ações efetivamente subscritas, a obrigação se estende até a data da alienação destas ações (com as devidas formalidades), momento em que os dividendos serão devidos ao adquirente das ações.

Já com relação às 200 ações a serem complementadas, a obrigação vai até a data do trânsito em julgado da ação de conhecimento, data em que, hipoteticamente, o consumidor teria deixado de ser acionista, na linha do entendimento supracitado.

Sobre o valor dos dividendos não pagos, incide correção monetária desde a data em que devidos, nos termos do art. 205, § 3º, Lei n. 6.404/1976, e juros de mora desde a citação.

Na jurisprudência desta Corte, colhem-se os seguintes julgados sobre a obrigação de pagar dividendos:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Brasil Telecom. Contrato de participação financeira. Juros sobre capital próprio. Dividendos. Reconhecimento do direito à complementação acionária. Termo final. Honorários advocatícios afastados. Matéria não submetida ao regime dos recursos repetitivos.

1. O STJ, interpretando o art. 202 da Lei n. 6.404/1976, entende que, havendo previsão estatutária, é possível o pagamento cumulado de juros sobre capital próprio e dividendos, pois ambos decorrem do direito à subscrição de ações, devendo ser pagos nas mesmas condições e exercícios a que têm direito os acionistas.

2. O termo final dos dividendos é a data da conversão das ações em pecúnia, momento em que a parte autora deixa de ser detentora do direito a ações para ser credora de indenização.

3. Inexiste interesse de agir quando já atendida a pretensão recursal.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 227.690-RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 17.9.2013, DJe 24.9.2013)

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Brasil Telecom S.A. Contrato de participação financeira. Dividendos. Limitação temporal. Juros sobre capital próprio. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Recurso manifestamente improcedente. Imposição de multa. Art. 557, § 2º, do CPC.

1. Os dividendos, como frutos de capital, devem considerar, como termo inicial de sua incidência, a data do vínculo, vale dizer, da integralização do capital (exigíveis de forma imediata) não da data da efetiva capitalização. O termo final se dá com a conversão das ações em pecúnia, momento em que a parte autora deixa de ser detentora do direito a ações, para ser credora de indenização.

2. A ausência de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do

recurso especial, diante da incidência da Súmula n. 211-STJ, cujo teor proclama: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

3. A interposição de recurso manifestamente inadmissível ou infundado autoriza a imposição de multa com fundamento no art. 557, § 2º, do CPC.

4. Agravo regimental desprovido com a condenação da agravante ao pagamento de multa no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor corrigido da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do respectivo valor (art. 557, § 2º, do CPC).

(AgRg no AREsp n. 206.147-RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23.10.2012, DJe 5.11.2012)

Na linha do entendimento acima delineado, e dos precedentes colacionados, propõe-se a consolidação da tese nos seguintes termos:

(iii.1) Os dividendos são devidos durante todo o período em que o consumidor integrou ou deveria ter integrado os quadros societários;

(iii.2) Sobre o valor dos dividendos não pagos, incide correção monetária desde a data de vencimento da obrigação, nos termos do art. 205, § 3º, Lei n. 6.404/1976, e juros de mora desde a citação;

(iii.3) No caso das ações convertidas em perdas e danos, é devido o pagamento de dividendos desde a data em que as ações deveriam ter sido subscritas até a data do trânsito em julgado do processo de conhecimento, incidindo juros de mora e correção monetária segundo os critérios do item anterior.

Cabe ressaltar que, na fase de execução/cumprimento de sentença, prevalecem os critérios definidos no título executivo, ainda que diversos dos preconizados por esta Corte Superior, em respeito à coisa julgada.

Definidas as teses a serem consolidadas, passo ao julgamento do caso concreto, iniciando pelo recurso especial de *Brasil Telecom S/A*.

O recurso não merece ser conhecido, pois não houve a indicação adequada da questão federal controvertida, tendo a recorrente deixado de apontar o dispositivo de lei federal objeto de interpretação divergente entre tribunais, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula n. 284 do STF (cf. AgRg nos EREsp n. 382.756-SC, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 17.12.2009).

Além disso, merece referência o parecer Ministério Público Federal, que apontou o descabimento da utilização de decisões monocráticas como paradigmas da divergência jurisprudencial.

Destarte o recurso especial não merece ser conhecido.

Passo ao recurso especial de *Sérgio Marques Assessoria Imobiliária Ltda.*

Inicialmente, não há nulidade por omissão, tampouco negativa de prestação jurisdicional, no acórdão que decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia posta. O Tribunal de origem, no caso, julgou com fundamentação suficiente a matéria devolvida à sua apreciação. Ademais, o juízo não está obrigado a se manifestar a respeito de todas as alegações e dispositivos legais suscitados pelas partes.

Quanto à questão da legitimidade do ativa do cessionário para o ajuizamento da ação de complementação das ações referentes ao Contrato n. 92-120715, o recurso especial encontra-se fundamentado na alínea *c* do permissivo constitucional, porém não houve identificação do dispositivo de lei federal objeto de divergência, tampouco foi realizado o necessário cotejo analítico entre os arestos confrontados, o que atrai a incidência da Súmula n. 284-STF.

No que tange à insurgência contra a tese do balancete mensal, a pretensão da recorrente vai de encontro ao entendimento pacificado nesta Corte pelo rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (cf. REsp n. 1.033.241-RS, DJ 5.11.2008), entendimento que deu origem à Súmula n. 371-STJ, assim lavrada:

Súmula n. 371-STJ - "Nos contratos de participação financeira para a aquisição de linha telefônica, o Valor Patrimonial da Ação (VPA) é apurado com base no balancete do mês da integralização".

Relativamente ao critério para conversão das ações da CRT/Cel em perdas e danos, pretende a recorrente que se utilize como referência a cotação da data do efetivo pagamento, em vez do valor atribuído à ação na primeira assembleia posterior à cisão (critério utilizado pelo Tribunal *a quo*).

O recurso especial merece parcial acolhida, quanto ao ponto, para estabelecer como critério a cotação de fechamento do pregão da bolsa de valores na data do trânsito em julgado, nos termos da tese consolidada no presente voto.

A respeito da correção monetária sobre os dividendos, o termo *a quo* definido pelo Tribunal de origem foi a data do ajuizamento da ação, o que contraria a tese consolidada no presente voto, sendo de rigor o provimento do recurso para retroagir a correção monetária até a data de vencimento da obrigação.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, carece de interesse recursal a ora recorrente, pois os honorários foram mutuamente compensados, em função da sucumbência recíproca.

Ante o exposto, voto pelos seguintes provimentos:

(i) para os fins do art. 543-C do Código de Processo Civil:

i.1. O cessionário de contrato de participação financeira tem legitimidade para ajuizar ação de complementação de ações somente na hipótese em que o instrumento de cessão lhe conferir, expressa ou tacitamente, o direito à subscrição de ações, conforme apurado nas instâncias ordinárias;

i.2. Converte-se a obrigação de subscrever ações em perdas e danos multiplicando-se o número de ações devidas pela cotação destas no fechamento do pregão da Bolsa de Valores no dia do trânsito em julgado da ação de complementação de ações, com juros de mora desde a citação;

i.3. Os dividendos são devidos durante todo o período em que o consumidor integrou ou deveria ter integrado os quadros societários;

i.3.1. Sobre o valor dos dividendos não pagos, incide correção monetária desde a data de vencimento da obrigação, nos termos do art. 205, § 3º, Lei n. 6.404/1976, e juros de mora desde a citação;

i.3.2. No caso das ações convertidas em perdas e danos, é devido o pagamento de dividendos desde a data em que as ações deveriam ter sido subscritas, até a data do trânsito em julgado do processo de conhecimento, incidindo juros de mora e correção monetária segundo os critérios do item anterior.

i.4. Ressalva de critérios diversos na hipótese de coisa julgada.

*(ii) julgamento do recurso especial de **Brasil Telecom S/A**: não conheço do recurso.*

*(iii) julgamento do recurso especial de **Sérgio Marques Assessoria Imobiliária Ltda**: conheço em parte do recurso e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento.*

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Maria Paula Bertran¹

Ronaldo Porto Macedo Júnior²

Participação financeira dos usuários de telefonia nas empresas do Sistema Telebrás

1 Participação financeira dos usuários de telefonia nas empresas do Sistema Telebrás

Antes da privatização da telefonia fixa na década de 90, a estrutura de pesquisa e expansão da rede era feita, ao lado do investimento direto³, pela captação de recursos dos assinantes. A captação a mercado era operacionalizada através de ações das empresas de telefonia que compunham o Sistema Telebrás, cuja aquisição era vinculadas à concessão da linha telefônica ao consumidor, usuário do serviço público de telefonia.

A integralização das ações por parte do consumidor não correspondia, porém, à sua necessária entrada nos quadros de acionista das empresas. Da mesma forma, a quantificação do número de ações a serem consideradas de titularidade do consumidor não era um ato prévio ou concomitante à integralização. Tanto o ingresso formal do consumidor nos quadros de acionista das empresas, quanto o número de ações que lhe caberiam na empresa, seriam determinados apenas *a posteriori*, “em data escolhida unilateralmente pela companhia”⁴. O valor atribuído a cada ação, previamente integralizada, seria

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

² Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas.

³ Argumento usual é de que apenas os usuários pagavam pela implantação do Sistema Telebrás, na sistemática de venda casada de terminais telefônicos com ações. As fontes de financiamento ao longo das várias décadas de existência foram, porém, bastante mais complexas. Alguns trabalhos que oferecem informações sobre a estrutura de financiamento da telefonia brasileira antes das privatizações são CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005 e BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado*. São Paulo: Perseu Abramo, 1999.

⁴ NESTER, Alexandre Wagner. Os julgamentos de recursos especiais repetitivos em demandas de participação financeira no sistema de telefonia. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, número 87, maio de 2014, disponível em [HTTP: WWW.justen.com.br/informativo](http://WWW.justen.com.br/informativo). Acesso em 23 de outubro de 2015.

determinado a partir de uma metodologia denominada “valor patrimonial da ação futuro”⁵. Essa metodologia falível deixava espaço para que a quantificação das ações antecipadamente integralizadas por vezes admitissem complementação posterior. Assim, a integralização poderia ser feita em “parcelas”.

A privatização das empresas do Sistema Telebrás fez com que a situação passasse da contenção e latência de usuários de telefonia “acostumados” à sistemática descrita, a um dos maiores casos, em volume de ações, do Judiciário brasileiro⁶. Aliás, pelo grande volume de demandas com mesmo pedido e causa de pedir, a justificativa de este acórdão ser merecedor do tratamento uniformizador oferecido pelo art. 543-C do CPC.

Para efeitos vinculantes de casos idênticos, sobrestados em seu andamento processual até que se concluísse o julgamento do caso, foram definidas teses com os seguintes conteúdos:

“1.1 – O cessionário de contrato de participação financeira tem legitimidade para ajuizar ação de complementação de ações somente na hipótese em que o instrumento de cessão lhe conferir, expressa ou tacitamente, o direito à subscrição de ações (...)

1.2 – Converte-se a obrigação de subscrever ações em perdas e danos multiplicando-se o número de ações devidas pela cotação destas no fechamento do pregão da Bolsa de Valores no dia do trânsito em julgado da ação de complementação de ações, com juros de mora desde a citação

1.3 – Os dividendos são devidos durante todo o período em que o consumidor integrou ou deveria ter integrado os quadros societários.

1.3.1 – Sobre o valor dos dividendos não pagos, incide correção monetária desde a data de vencimento da obrigação (...) e juros de mora desde a citação.

1.3.2 – No caso das ações convertidas em perdas e danos, é devido o pagamento de dividendos desde a data em que as ações deveriam ter sido

⁵ Idem.

⁶ Ibidem. “(...) essas empresas [sucessoras do Sistema Telebrás] tornaram-se as principais recorrentes do Poder Judiciário, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Entre fevereiro de 2004 a fevereiro de 2014, foram interpostos 27.270 recursos pela Brasil Telecom no STJ (de 1998 até 2004 haviam sido interpostos 5.025 recursos). Esse volume superou os recursos interpostos pela Caixa Econômica Federal no mesmo Período (23.392) e colocou a Brasil Telecom como a quinta maior instituição recorrente, ficando atrás apenas de entes estatais: a União (37.781), o INSS (64.828), a Fazenda Nacional (74.288) e o Tribunal de Justiça de São Paulo (113.195).”

subscritas, até a data do trânsito em julgado do processo de conhecimento, incidindo juros de mora e correção monetária segundo os critérios do item anterior. (...)”⁷

2 Análise da decisão

O reconhecimento de que o cessionário do contrato de participação financeira tem legitimidade para ajuizar ação de complementação de ações somente na hipótese em que instrumento de cessão lhe conferir, expressa ou tacitamente, tal direito, suscita dois pontos.

O primeiro, a lembrança da questão fática que merece ser destacada: os verdadeiros consumidores, que nas décadas de 60, 70, 80 e 90, compraram terminais telefônicos de maneira conjunta com ações das empresas de telefonia já não são, em muitos casos, os jurisdicionados que se beneficiarão do conteúdo de mérito do acórdão. Em incontáveis casos, a expectativa de que o direito material correspondente às ações só seria alcançado pelo caro e demorado trâmite de uma demanda judicial fez com que os detentores originários dos direitos os cedessem por pouca monta. Assim, não se pode deixar de mencionar que especuladores, e não os consumidores usuários do serviço de telefonia, é que ganham com a decisão.

O segundo versa sobre a interpretação destinada aos contratos de cessão que podiam ser entendidos, quanto à especificação dos direitos que transferiam, como contratos incompletos. Ainda que com redação cuidadosa⁸, o acórdão acaba determinando, na prática, que haverá legitimidade do cessionário para ajuizar complementação de ações se não houver ressalva expressa em sentido contrário. Assim, o cedente, titular originário dos direitos cedidos, normalmente pessoa que mantinha as linhas telefônicas e as ações que as acompanhavam para uso doméstico, vulneráveis no sentido consumerista, foram destinatários, no

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial número 1.301.989 - RS (2012/0000595-0). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Certidão de julgamento. Julgado em 12 de março de 2014.

⁸ A preocupação com a redação aparece, no texto da tese para efeitos do artigo 543-C do antigo CPC, por exemplo, com a menção de que a legitimidade do cessionário “somente” existe “na hipótese em que o instrumento de cessão lhe conferir”. Todavia, na medida que o instrumento de cessão pode conferir o direito “expressa ou tacitamente”, os efeitos práticos da exigência de que o instrumento confira os direitos fica minorado pelo “tacitamente”.

caso, de interpretação contratual menos benéfica. E o eventual oportunismo dos cessionários em relação aos cedentes encontra recompensa e absolvição tácitas⁹.

Ainda que, portanto, em termos teóricos, a questão sobre a legitimidade possa afrontar direitos dos consumidores, importante mencionar que uma solução diversa para a questão da legitimidade dos cessionários (solução que por exemplo exigisse a menção expressa ao direito de subscrição de ações), na prática favoreceria a ré, empresa de telefonia, mas possivelmente não favoreceria os consumidores cedentes, cuja memória e formalização dos direitos de subscrição provavelmente já estão perdidos para os milhares de titulares e herdeiros que deveriam promover a liquidação de seus direitos.

Acerca da conversão da obrigação de subscrever as ações em perdas e danos, diante das situações em que “(...) for impossível a entrega das ações” (Cf. REsp 1.025.298/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, julgado em 24/11/2010, citado no acórdão que se comenta à pág. 11) valeria a pena lembrar que a promessa de sociedade, ou seja, o direito subjetivo de fazer parte do quadro societário, quando firmado um contrato preliminar com todos os aspectos do contrato definitivo, talvez pudesse ter encaminhado várias das lides para a solução da efetiva subscrição de ações e não apenas para a solução de pagamento de perdas e danos.¹⁰ Neste sentido, o clássico livro *The Death of Contract*¹¹, de Grant Gilmore, cuja idéia central é a de que as disposições contratuais são artificiais, na medida em que o inadimplemento contratual se resolve sistematicamente em perdas e danos, mas não com a executoriedade das obrigações efetivamente pactuadas.

⁹ O 4o. Boletim de Proteção do Consumidor/Investidor da CVM, destinado especificamente a planos de expansão de telefonia alerta para o fato de que a negociação privada com escritórios e outras empresas pode configurar “atuação irregular no âmbito do mercado de valores mobiliários, já que a intermediação de negócios nesse mercado somente pode ser realizada por intermediários devidamente registrados junto à CVM.” Disponível online <http://www.portaldoinvestidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Boletim/BoletimConsumidorInvestidor-4.pdf> Acesso em 28 de outubro de 2015.

¹⁰ Sobre a promessa de sociedade, cf. PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Promessa de Sociedade e Sociedade Simulada. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.). *Direito Societário Contemporâneo*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹¹ GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1974, 2nd edition, 1995.

Ainda sobre as perdas e danos, tem-se que a decisão consolidou o método de aferição do *quantum* devido a partir da cotação da ação no dia do trânsito em julgado. Algumas reflexões podem ser feitas pela eleição da cotação da ação no dia do trânsito em julgado: a álea própria dos valores mobiliários é transferida do mercado e dos respectivos contratos para o Judiciário? Se a data do trânsito em julgado refletisse, pelos acasos do mercado, um momento de grande perda patrimonial para os acionistas, esta solução se manteria adequada? Enfim, em que medida a data do trânsito em julgado comporta a melhor fundamentação, em termos de argumentos lógico-jurídicos e econômicos, para que nela se compreenda uma racionalidade maior, que possa extrapolar o caso das linhas telefônicas e ser recebida como precedente para controvérsias envolvendo questões societárias em geral? Destaca-se que o comentário não vem para criticar a decisão ou apontá-la como errada, pois não se vislumbra de maneira fácil outro critério decisório possível. Mas não se deixa de marcar o fato de que a eleição da data do trânsito em julgado para precificação das ações não parece banal, nem intuitiva.

Por fim, acerca da terceira tese, que considera critérios para conversão em perdas e danos da obrigação de pagar dividendos, deve ser reconhecida apurada técnica e louvável sensibilidade. Os dividendos são devidos, claro, durante todo o período em que o consumidor integrou ou deveria ter integrado (para aqueles caso em que prevaleceram perdas e danos sobre direito de subscrição) os quadros societários. E sobre tais dividendos, devidos desde o momento de seu pagamento aos outros acionistas, incide, por força de lei, correção monetária. Os juros de mora foram restringidos para incidir apenas desde a citação. Não seria absurdo pensar, especialmente considerando a relação de consumo que deu causa ao direitos dos dividendos, uma incidência de juros de mora que também retroagisse ao momento do inadimplemento da obrigação¹². Seria decisão ousada, mas possível.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acórdão resguarda a legitimidade dos cessionários de direitos de subscrição, mas, principalmente, propõe um encadeamento de medidas que orientam a determinação do valor das indenizações devidas.

¹² Neste sentido, por exemplo, BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, ERESP 1.250.382. Relator Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 02 de abril de 2014.

O conteúdo de tais medidas imprime reconhecimento dos adquirentes das linhas telefônicas e valoração da situação de frustração de direitos a que foram submetidos por tantos anos. Independentemente das críticas dispostas nestes comentários, dever profissional de seus autores, o balanço é pela comemoração pela afirmação dos direitos dos consumidores.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado*. São Paulo: Perseu Abramo, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial número 1.301.989 - RS (2012/0000595-0). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *4o. Boletim de Proteção do Consumidor/Investidor da CVM - Planos de Expansão de Telefonia*. Disponível online em <http://www.portaldoinvestidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Boletim/BoletimConsumidorInvestidor-4.pdf> Acesso em 28 de outubro de 2015.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1974, 2nd edition, 1995.

NESTER, Alexandre Wagner. Os julgamentos de recursos especiais repetitivos em demandas de participação financeira no sistema de telefonia. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, número 87, maio de 2014, disponível em [HTTP: WWW.justen.com.br/informativo](http://WWW.justen.com.br/informativo). Acesso em 23 de outubro de 2015.

PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Promessa de Sociedade e Sociedade Simulada. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.). *Direito Societário Contemporâneo*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2009

Projeto gráfico

Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ