



Quarta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.036.178-SP
(2008/0046369-7)**

Relator: Ministro Marco Buzzi

Agravante: Itaú Winterthur Seguradora S.A. e outro(s)

Advogado: Carlos Souza Queiroz Ferraz

Agravado: Dom Vital Transporte Ultra Rapido Ind e Comercio Ltda.

Advogado: Ernesto Beltrami Filho e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Roubo de carga. Demanda regressiva de seguradora contratada pelo proprietário dos bens em face da transportadora. Decisão monocrática provendo o reclamo da demandada, para isenta-la do dever de indenizar.

Insurgência da autora. 1. A redefinição do enquadramento jurídico dos fatos expressamente mencionados no acórdão hostilizado constitui mera reavaliação da prova. Deliberação unipessoal em conformidade ao entendimento cristalizado na Súmula n. 7 do STJ. 2. Subtração da carga, mediante ação armada de assaltantes. Causa independente, desvinculada à normal execução do contrato de transporte, que configura fato exclusivo de terceiro, excludente da responsabilidade civil. Entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça. Alusão, ademais, no aresto atacado, da adoção de providências concretas por iniciativa da transportadora visando à prevenção da ocorrência. 3. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 19.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de agravo regimental, interposto por Itaú Winterthur Seguradora S/A e outros, em face da decisão de fls. 699-705, que, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do CPC, conheceu em parte do recurso especial de Dom Vital Transporte Ultra Rápido Ind. e Comércio Ltda. e deu-lhe parcial provimento.

Assim, reformou-se o aresto proferido na Corte de origem, de modo a declarar que o roubo de carga, com ameaça de arma de fogo, durante o transporte, constitui evento de força maior capaz de elidir a responsabilidade da transportadora e o dever de indenizar, regressivamente a seguradora que arcou com o pagamento de reparação ao proprietário dos bens subtraídos.

Por consequência, julgou-se improcedente a ação de indenização, invertendo os ônus sucumbenciais, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial. Contrato de transporte de mercadorias. Ação regressiva de seguradoras contra transportadora. Roubo de carga. 1. Violação dos artigos 165, 458, II e 535 do CPC não configurada. Acórdão hostilizado que enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide. 2. Falta de prequestionamento de dispositivos legais. Incidência da Súmula n. 211 do STJ. 3. O roubo de carga configura-se força maior, constituindo causa excludente de responsabilidade da transportadora perante a seguradora do proprietário da mercadoria transportada. Entendimento consolidado no STJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, parcialmente provido.

Nas razões do agravo regimental (fls. 720-730), alega o agravante que a decisão ora agravada desobedeceu ao Enunciado da Súmula n. 7 desta Corte Superior, porquanto reexaminou a prova produzida nos autos, sem, no entanto, levar em consideração todo o acervo probatório produzido, mormente os depoimentos testemunhais que corroboram a assertiva de que a escolta armada era procedimento de segurança imprescindível ao transporte da mercadoria.

Aduz que as provas constantes dos autos demonstram a negligência, imprevidência e omissão da transportadora a determinar a sua responsabilização

civil pelo roubo da mercadoria segurada, decorrendo daí o direito regressivo da seguradora.

Impugnação ao agravo regimental às fls. 738-741.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O agravo regimental não merece prosperar.

1. A decisão monocrática não desrespeitou o Enunciado contido na Súmula n. 7-STJ, porquanto apenas deu definição jurídica diversa aos fatos expressamente mencionados no acórdão do Tribunal de origem.

Com efeito, em razão do referido enunciado sumular desta Corte Superior, mostra-se inviável, no âmbito do recurso especial, reexaminar os fatos e provas dos autos, ou seja, promover uma reincursão no acervo fático probatório mediante a análise detalhada de documentos, testemunhos, contratos, perícias, dentre outros. Assim, no apelo extremo não se pode examinar mera *quaestio facti* ou *error facti in iudicando*.

Todavia, o *error in iudicando* (inclusive, o proveniente de equívoco na valoração das provas) e o *error in procedendo* podem ser objeto do recurso especial.

Na hipótese, promoveu-se a reavaliação da prova e dos dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, o que não implica no vedado reexame do material de conhecimento.

A reavaliação da prova constitui em atribuir o devido valor jurídico a fato incontroverso sobejamente reconhecido nas instâncias ordinárias, prática francamente aceita em sede de recurso especial, como bem observou o Ministro Felix Fischer: “*A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento*” (REsp n. 683.702-RS, Quinta Turma, julgado em 1º.3.2005).

No mesmo sentido, dentre outros: REsp n. 856.706-AC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 6.5.2010, DJe 28.6.2010 e REsp n. 1.104.096-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20.10.2009, DJe 16.11.2009.

2. Consignado pelo Tribunal de origem a ocorrência de roubo de mercadoria transportada, com ameaça de arma de fogo (fato incontroverso), há inequívoca configuração de força maior a determinar a exclusão da responsabilidade da transportadora, que não pode, assim, ser compelida a ressarcir os gastos da seguradora para pagamento do prêmio de seguro devido ao proprietário da carga subtraída.

Esta Corte Superior, analisando diversos casos análogos ao presente, firmou a tese de que roubo de carga (assalto a mão armada), constitui força maior suficiente para excluir a responsabilidade da transportadora perante a seguradora, por tratar-se de fato de terceiro inteiramente estranho à atividade de transporte.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Responsabilidade civil. Transporte de mercadoria. Roubo. Força maior. Ação regressiva proposta pela seguradora.

- O roubo da mercadoria em trânsito, uma vez evidenciado que o transportador tomou as precauções e cautelas a que se acha obrigado, configura força maior, suscetível de excluir a sua responsabilidade. Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 329.931-SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 22.10.2002, DJ 17.2.2003 p. 283).

Civil. Responsabilidade civil. Transporte de mercadorias. Assalto. Fato de terceiro. Art. 14, § 3º do CDC.

I - Segundo jurisprudência desta Corte assalto ou roubo constitui força maior excludente da responsabilidade do transportador pela perda das mercadorias.

II - Aplicável, ao caso, o § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

III - O seguro a que está obrigado o transportador, referido no art. 10 do Decreto n. 61.867/1967, é de responsabilidade civil e garante o reembolso dos valores que a empresa for obrigada a desembolsar, quando desobedecer o contratado, por sua culpa.

IV - Recurso não conhecido.

(REsp n. 164.155-RJ, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 2.3.1999, DJ 3.5.1999 p. 145).

Processo Civil e Comercial. Transporte de carga. Contrato verbal. Roubo a mão armada. Prescrição da pretensão ressarcitória. *Dies a quo*. Ciência inequívoca do expedidor. Responsabilidade da transportadora. Inexistência. Caso fortuito.

- Havendo roubo da mercadoria, não há mais de se falar na entrega desta.

Em tal hipótese, o prazo prescricional da pretensão ressarcitória deve ser contado da data em que houve ciência inequívoca do expedidor acerca do assalto. (...)

- O roubo de mercadoria transportada, praticado mediante ameaça exercida com arma de fogo, é fato desconexo ao contrato de transporte, e, sendo inevitável, diante das cautelas exigíveis da transportadora, constitui-se em caso fortuito ou força maior, excluindo-se a responsabilidade desta pelos danos causados ao dono da mercadoria. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 904.733-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 27.8.2007).

Responsabilidade civil. Transporte. Assalto. Seguradora. Ação de ressarcimento. A seguradora que indeniza o proprietário da carga roubada tem ação regressiva contra a transportadora, mas deverá demonstrar que esta agiu com dolo ou culpa, concorrendo para o fato. Sem isso, sua ação é improcedente. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 416.353-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 12.8.2003).

Civil. Indenização. Transportadora. Roubo de carga. Força maior. Responsabilidade. Exclusão.

1 - O roubo de mercadoria durante o transporte caracteriza-se como força maior, apta a excluir a responsabilidade da empresa transportadora perante a seguradora do proprietário da carga indenizada. Precedentes iterativos da Terceira e Quarta Turmas.

2 - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 222.821-SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 17.6.2004, DJ 1º.7.2004 p. 198).

Direito Civil. Transporte rodoviário. Roubo de mercadorias. Inevitabilidade. Força maior. Exclusão da responsabilidade do transportador. Precedentes. Dissídio. Ausência de comprovação. CPC, art. 541, parágrafo único. Recurso desacolhido.

I - A presunção de culpa da transportadora pode ser ilidida pela prova da ocorrência de força maior, decorrente de assalto com violência, comprovada a atenção da ré nas cautelas e precauções a que está obrigada no cumprimento do contrato de transporte.

II - Na lição de Clóvis, caso fortuito é “o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes”, enquanto a força maior é “o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer”, com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade. (...)

(REsp n. 109.966-RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 23.9.1998, DJ 18.12.1998 p. 360).

Recurso especial. Responsabilidade civil. Transporte de mercadoria. Roubo com uso de arma de fogo. Força maior. Ação regressiva proposta pela seguradora.

1. O seguro a que está obrigado o transportador, constante do artigo 10 do Decreto n. 61.867/1967, é de responsabilidade civil e garante o reembolso dos valores que a empresa for obrigada a desembolsar, quando descumprir o contratado, por sua culpa. Não engloba, portanto, a obrigação de o transportador contratar seguro para cobrir caso fortuito ou força maior.

2. Na linha de precedentes da Corte, na ação regressiva não cabe ao segurador provar a culpa do causador do dano, sendo da responsabilidade do transportador provar que os danos decorrem de vício próprio da mercadoria, força maior ou caso fortuito.

3. Segundo entendimento consolidado nesta Corte, o roubo de carga constitui força maior, suficiente para excluir a responsabilidade da transportadora perante a seguradora do proprietário da mercadoria transportada. Improcedência da ação regressiva de ressarcimento de danos. Precedentes.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

(REsp n. 663.356-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19.8.2010, DJe 14.10.2010).

Civil. Roubo de carga. Evento. Força maior. Transportadora. Responsabilidade. Indenização. Afastamento.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o roubo de carga, com ameaça de arma de fogo, durante o transporte constitui evento de força maior capaz de afastar a responsabilidade da transportadora. (Precedentes: AgRg no REsp n. 703.866-SC, REsp n. 222.821-SP, AgRg no Ag n. 686.845-MG, REsp n. 904.733-MG.) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 721.581-RJ, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Quarta Turma, julgado em 16.3.2010, DJe 29.3.2010).

Agravo interno. Seguro. Roubo de carga. Responsabilidade. Exclusão. Caso fortuito.

Segundo entendimento consolidado, o roubo de carga constitui força maior, suficiente para excluir a responsabilidade da transportadora perante a seguradora do proprietário da mercadoria transportada.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 753.404-SC, Rel. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Terceira Turma, julgado em 1º.10.2009, DJe 19.10.2009).

Ainda, é imperioso destacar trecho elucidativo da sentença, que asseverou inexistir pedido da seguradora para contratação de escolta, bem como que a transportadora tomou as devidas precauções com vistas a minimizar a probabilidade de perda das mercadorias (rastreamento via satélite e viagem em comboio):

Como se vê, não há prova de que a Seguradora houvesse exigido serviço de escolta no transporte em questão. Também não há prova de que a ausência de escolta teria sido a causa determinante do assalto noticiado. Ao que se infere dos autos, não obstante a ausência de escolta, a ré estava praticando medidas para evitar assalto, como o rastreamento via satélite e a viagem em comboio.

Em arremate, vale dizer que o Tribunal de origem imputou à transportadora responsabilidade objetiva pelo roubo praticado, ante a simples ciência dela quanto ao risco de efetuar o transporte da carga. No entanto, esta orientação se aparta do entendimento assentado nesta Corte, no sentido de que somente é imputável à transportadora a responsabilidade pelo roubo de carga quando firmada sua negligência ou imprudência, agindo descuidadamente em casos em que se revela evidente a probabilidade da ação criminosa.

Como constou da sentença, a transportadora, ciente dos riscos, adotou medidas preventivas para combater eventual atividade criminosa, o que derrui a caracterização de negligência e, por extensão, de culpa.

Desta forma, desnecessária é a incursão no acervo fático probatórios dos autos afim de descaracterizar a responsabilidade civil da transportadora pelo roubo da carga, porquanto por constituir fato incontroverso, sobejamente delineado nos autos, laborou em equívoco o Tribunal local em conferir aos fatos roupagem que destoava do entendimento assente desta Corte Superior.

3. Do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 827.010-SP (2006/0053110-7)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Gian Antônio de Salis

Advogados: Fernando Campos Scaff e outro(s)

Anna Luiza Duarte

Flavio de Almeida Salles Junior

Recorrido: Clube de Campo de São Paulo

Advogados: Paulo Afonso Pinto dos Santos e outro(s)

Gustavo do Vale Rocha e outro(s)

EMENTA

Direito Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Sócio de clube atingido por projéteis de arma de fogo disparados por segurança contratado pelo clube. Lesões corporais. Quantificação do dano. Exorbitância ou irrisoriedade do valor. Não configuradas. Critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Correção monetária. Termo inicial. Súmula n. 362 do STJ. Dedução das despesas pagas por seguro de saúde do valor da condenação por danos materiais. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Ausência de similitude fática. Ressarcimento dos lucros cessantes (art. 1.059 do CC/1916). Súmula n. 7-STJ. Ressarcimento em dobro dos lucros cessantes e despesas médicas (art. 1.538, § 1º, do CC/1916). Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ.

1. A revisão do *quantum* arbitrado a título de dano moral revela-se, em princípio, inviável em sede de recurso especial, em virtude do óbice erigido pela Súmula n. 7 do STJ.

2. Contudo, em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciada a irrisoriedade ou a exorbitância na fixação do valor da indenização a título de danos morais, a jurisprudência desta Corte permite sua revisão para adequá-lo aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

3. O Tribunal local, em julgamento realizado em 14.9.2004, deu provimento à apelação para reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), correspondentes, à época, a 385 (trezentos e oitenta e cinco) salários mínimos, com correção monetária a partir daquela data.

4. No caso concreto, o valor da indenização arbitrado pela instância local revela-se compatível se comparado com precedentes do STJ que adotam como critério quantia equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos para danos morais decorrentes de óbito.

5. O termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais é a data do seu arbitramento, consoante dispõe o Verbete da Súmula n. 362-STJ: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”. Os juros moratórios, em se tratando de responsabilidade extracontratual, incidem desde a data do evento danoso, na forma da Súmula n. 54-STJ: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. Precedente da Segunda Seção do STJ no julgamento do REsp n. 1.132.866-SP, em sessão realizada em 23.11.2011, cujo acórdão encontra-se pendente de publicação.

6. É inviável o reexame de fatos e provas em sede de recurso especial, em razão da incidência das Súmulas n. 5 e n. 7 do STJ.

7. *In casu*, a análise da suposta redução da rentabilidade das empresas dirigidas pela vítima exigiria a incursão no contexto fático-probatório dos autos, portanto, incabível em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ.

8. A inexistência de similitude fática entre os acórdãos confrontados conduz à inadmissibilidade do recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alínea c, da CF.

9. No caso concreto, o acórdão recorrido decidiu que “as quantias pagas por plano de saúde ou seguradora não podem ser incluídas na condenação”. O acórdão paradigma, a seu turno, assentou a impossibilidade de consideração dos benefícios pagos aos autores pela previdência pública e privada para efeito do cálculo de pensionamento, portanto, evidente a ausência de similaridade entre os arestos confrontados para a configuração do dissídio jurisprudencial, a teor do que dispõe o RISTJ.

10. A ausência de enfrentamento da matéria suscitada no recurso especial, mormente a possibilidade de cálculo em duplicidade da indenização referente aos lucros cessantes e despesas de tratamento (art. 1.538, § 1º, do CC/1916), a despeito da oposição de embargos

de declaração, impede o conhecimento do recurso especial, diante da incidência da Súmula n. 211-STJ.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, negando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, com ressalva de fundamentação, e os votos dos Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Sabel Gallotti, no mesmo sentido, A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (voto-vista), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 13.3.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da CF, contra acórdão proferido pelo TJSP, assim ementado:

Responsabilidade civil. Indenização. Danos morais e materiais. Sócio de clube que sofre agressão a tiros de autoria de segurança dele. Reconhecimento da culpa do réu. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Quantias pagas por plano de saúde ou seguradora não podem ser incluídas na condenação - Injustificável que o autor receba novamente "*pro labores*" das empresas que dirigia durante o período de recuperação bem como indenização pela alegada queda de rentabilidade das empresas - Estipulação excessiva de danos morais - Parte da sentença a ser liquidada por artigos ou arbitramento. Apelação parcialmente provida. (fl. 1.842).

Consoante se colhe dos autos, *Gian Antônio de Salis*, ora recorrente, associado do *Clube de Campo de São Paulo*, caminhava nas dependências do referido clube, em companhia da esposa e do filho, por volta das 21h 20m do dia

13.4.1994, quando foi atingido por dois projéteis de arma de fogo disparados por empregado da empresa de segurança contratada pelo réu, sendo que o primeiro projétil atingiu a cabeça do autor e o segundo fraturou-lhe o fêmur.

A parte, ora recorrente, *Gian Antônio de Salis*, ajuizou ação de indenização contra o *Clube de Campo de São Paulo* objetivando a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 1.132.416,24 (fl. 22) e materiais no valor de R\$ 566.208,14 (fl. 21), em razão do referido ato ilícito, cujo pedido resultou formulado nestes termos:

Pelo exposto nas precedentes razões de fato e de direito, requer o autor, finalmente, que se digne V. Exa, a:

(...)

b) Julgar procedente a presente ação, condenando-se a associação-ré ao pagamento, a título de indenização, da quantia de R\$ 1.698.624,36 (um milhão, seiscentos e noventa e oito mil, e seiscentos e vinte e quatro reais, trinta e seis centavos), devidamente corrigida desde o momento da propositura da presente acrescida de juros legais devidos;

c) Condenar a associação-ré ao custeio de todas as demais despesas de tratamento do autor da presente ação, até o seu completo restabelecimento;

d) Condenar a associação-ré ao pagamento de uma pensão no valor de R\$ 6.338,05, equivalente aos rendimentos mensais do autor da presente ação, até que o mesmo possa retornar às suas funções normais de trabalho.

e) Ademais, condenar a associação ré ao pagamento das custas judiciais dispendidas pelo autor, além dos honorários devidos. (fl. 23)

O Juízo de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, em sentença proferida em *18.10.2000*, julgou parcialmente procedente o pedido, *verbis*:

Julgo procedente em parte a ação, para condenar a ré a pagar ao autor as quantias mencionadas a fls. 23, com exceção da pensão mencionada no item d, com juros contados da prática do ato ilícito, e correção monetária a partir de cada desembolso, também, porque se trata de reparar danos decorrentes de ilícito. O tratamento das sequelas que ainda persistirem, como consta do item c da condenação, dar-se-á em liquidação por arbitramento. Arcará a ré com as custas e despesas processuais, por ser ínfima a sucumbência do autor, e suportará os honorários do patrono deste, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre a condenação. (fl. 1.755).

Irresignado, o *Clube de Campo de São Paulo* interpôs recurso de apelação perante o TJSP que, por unanimidade de votos, em sessão realizada em

14.9.2004, deu parcial provimento ao recurso para reduzir a indenização ao valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com correção monetária a partir da data da prolação do acórdão (fl. 1.846), determinando que o réu respondesse pelas despesas já realizadas ou futuras com o tratamento do autor, não indenizadas ou ressarcidas por terceiros, cujo valor deverá ser liquidado por artigos ou arbitramento (fl. 1.846), conforme se conclui dos fundamentos expendidos no voto condutor do acórdão recorrido:

No campo das indenizações, (a) não faz o autor jus à reparação pelas despesas médicas que a seguradora de saúde suportou. Além de o postulante não ter despendido de seu bolso (à exceção dos valores mencionados pelo relator, e despendidos por conta de intermação e outras despesas), a pretensão obstaría o ressarcimento pelo segurador, sub-rogado nos interesses dele; (b) não tem o autor legitimidade para exigir eventual (e, em verdade, não suficientemente demonstrada) perda de faturamento e de rendimento das empresas em que exerce cargo diretivo, seja porque as perdas ele não as sofreu diretamente, senão pela via de eventual distribuição de lucros ou retiradas, ou pela perda de capital onde é sócio, as empresas, se prejudicadas, é que teriam de demandar o perdimento, se havido, e que fosse decorrente de seu afastamento, não ele; depois, e de qualquer modo, porque não perdeu *pro labore*: continuou a perceber, na inatividade temporária, o que recebia na ativa; (c) a indenização por dano moral concedida (um milhão e meio de reais) mostra-se excessiva, também a reduzo aos cem mil reais alvitados pelo eminente relator; (d) o réu tem, igualmente, de reparar as despesas feitas e as futuras, decorrentes do evento, e que não tenham sido suportados por terceiro. (fl. 1.849).

Os embargos de declaração, opostos contra o acórdão da apelação, resultaram rejeitados (fls. 1.869-1.872).

O recorrente, *Gian Antônio de Salis*, em sede de recurso especial, aduz, em síntese:

(a) que a fixação do termo *a quo* da correção monetária a partir da prolação do acórdão de apelação viola o disposto no art. 128 do CPC, conferindo-lhe interpretação divergente de outros Tribunais, argumentando que o recurso de apelação não contemplava pedido para que a correção monetária incidisse a partir da data do acórdão;

(b) que a determinação de dedução das despesas hospitalares pagas pelo seguro de saúde da vítima do valor da condenação por danos materiais colide com o entendimento adotado pelo STJ no julgamento do REsp n. 41.614-SP, no sentido da “impossibilidade de consideração, para efeito do cálculo de

pensionamento, dos benefícios pagos aos autores pela Previdência Pública e Privada”. Ainda sob esse aspecto, aduz ser “inadmissível descontar-se do montante indenizatório o valor pago aos autores da ação em virtude de uma precaução tomada pela vítima em favor dos mesmos, pela qual pagou durante certo período valores mensais, por isto configuraria verdadeiro enriquecimento ilícito por parte do causador do dano” (fl. 1.886);

(c) a existência de dissídio jurisprudencial quanto ao valor fixado a título de indenização por dano moral, na medida em que o acórdão recorrido entendeu ser “a intensidade da culpa exclusiva do preposto do Réu, a condição econômica do clube, bem como os danos sofridos pelo Autor por ter ficado internado em hospital por quase quatro meses - tendo que passar por diversas cirurgias na face e na perna, inclusive com transplante de tecido - justificaria o pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pelo Réu, quantia suficiente para punir este e confortar o autor por todo o sofrimento que passou” (fl. 1.888). O STJ, no julgamento de hipótese análoga (REsp n. 183.508-RJ), na qual a vítima de disparo de arma de fogo permaneceu internada por 5 (cinco) meses, a indenização por dano moral foi fixada em 1.500 salários mínimos, aproximadamente R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais) à época da interposição do presente recurso;

(d) violação ao art. 1.059 do CC/1916, atual art. 402 do CC/2002, em razão da negativa de condenação do demandado ao ressarcimento dos valores que o autor deixou de auferir em virtude do afastamento da direção das empresas da qual é sócio; e

(e) violação ao art. 1.538, § 1º, do CC/1916, e virtude da negativa de ressarcimento em dobro dos lucros cessantes e das despesas do tratamento médico ao qual o recorrente foi submetido.

Ao final, requer o provimento do recurso para julgar procedente o pedido e condenar o recorrido ao “pagamento da indenização por danos morais e materiais no montante de R\$ 1.698.624,36 (um milhão e seiscentos e noventa e oito mil e seiscentos e vinte e quatro reais e trinta centavos), tal como solicitado na petição inicial, a ser corrigido monetariamente desde a data da propositura da presente ação” (fl. 1.905).

O recorrido, em contrarrazões (fls. 2.036-2.063), pugna, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso, diante da ausência de demonstração da divergência, diante da falta de similitude fática entre os acórdãos confrontados, além da incidência do óbice da Súmula n. 7-STJ, e caso superado o juízo de admissibilidade, pelo desprovimento do recurso especial.

O recurso especial foi admitido no Tribunal *a quo* (fls. 2.066-2.069).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Na origem, *Gian Antônio de Salis* ajuizou ação de indenização contra o *Clube de Campo de São Paulo* objetivando a condenação do demandado ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, em razão das lesões sofridas na face e em uma das pernas, decorrentes de dois disparos de arma de fogo efetuados por preposto do demandado, as quais exigiram várias intervenções cirúrgicas, além de internação hospitalar pelo período de 118 (cento e dezoito) dias.

Feitas essas breves considerações, passo ao exame do recurso especial.

1. Termo *a quo* da correção monetária e dos Juros de Mora.

O termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais é a data do seu arbitramento, consoante dispõe o Verbete da Súmula n. 362-STJ:

A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

Nesse sentido, dentre os numerosos julgados desta Corte, destaco o seguinte precedente:

Responsabilidade civil. Indenização por dano moral em razão de morte. Valores que devem ser corrigidos a partir do arbitramento. Súmula n. 362. *Reformatio in pejus* não verificada. Culpa concorrente. Redução do valor da condenação.

1. Diante do nítido caráter infringente e em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, recebo os embargos de declaração de ambas as partes como agravos regimentais.

2. "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento". Súmula n. 362.

3. Não há *reformatio in pejus* pelo simples fato de a correção monetária ter sido fixada a partir de novo marco, sem que com isso haja efetivamente redução da condenação.

4. A culpa concorrente deve ser - como o foi - levada em consideração para o arbitramento da condenação por dano moral.

5. Agravos regimentais a que se nega provimento.

(EDcl no REsp n. 991.766-RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 6.9.2011, DJe 13.9.2011).

Os juros moratórios, em se tratando de responsabilidade extracontratual, incidem desde a data do evento danoso, na forma da Súmula n. 54-STJ:

Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

A segunda Seção desta Corte no julgamento do REsp n. 1.132.866-SP, em sessão realizada em 23.11.2011, cujo acórdão encontra-se pendente de publicação, decidiu que os juros moratórios incidem desde a data do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual (Súmula n. 54-STJ).

2. Dedução das Despesas Pagas por Terceiros do Valor da Condenação por Danos Materiais.

A inexistência de similitude fática entre os acórdãos confrontados conduz à inadmissibilidade do recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alínea c, da CF.

No caso concreto, o acórdão recorrido decidiu que “as quantias pagas por plano de saúde ou seguradora não podem ser incluídas na condenação”. O acórdão paradigma, a seu turno, assentou a impossibilidade de consideração dos benefícios pagos aos autores pela previdência pública e privada para efeito do cálculo de pensionamento, portanto, evidente a ausência de similaridade entre os arestos confrontados para a configuração do dissídio jurisprudencial, consoante dispõem os arts. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, e 541, parágrafo único, do CPC.

3. Valor Fixado a Título de Indenização por Dano Moral.

A revisão do *quantum* arbitrado a título de dano moral revela-se, em princípio, inviável em sede de recurso especial, em virtude do óbice erigido pela Súmula n. 7 do STJ.

Contudo, em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciada a irrisoriedade ou a exorbitância na fixação do valor da indenização a título de danos morais, a jurisprudência desta Corte permite sua revisão para adequá-lo aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

O Tribunal local, em julgamento realizado em 14.9.2004, deu provimento à apelação para reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), correspondentes, à época, a 385 (trezentos e oitenta e cinco) salários mínimos, com correção monetária a partir daquela data.

No caso concreto, o valor da indenização arbitrado pela instância local revela-se compatível se comparado com precedentes do STJ que adotam como critério quantia equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos para danos morais decorrentes de óbito.

Sob esse enfoque impõe-se reportar, dentre os inúmeros julgados desta Corte, os seguintes precedentes:

Recurso especial. Acidente automobilístico. Atropelamento. Vítima fatal menor de idade. Família de baixa renda. Presunção de auxílio financeiro. Deficiência mental do falecido. Indiferença. Incapacidade laborativa futura. Ônus da prova do causador do ilícito. Aplicação do direito à espécie pelo STJ. Possibilidade. Pensão devida aos genitores do acidentado. Reparação dos gastos com despesas médicas e funeral. Ausência de interesse recursal. Dano moral. Majoração do *quantum*. Necessidade, na espécie. Recurso parcialmente provido.

(...)

VII - A revisão do *quantum* arbitrado a título de dano moral por esta Corte exige que ele tenha sido arbitrado de forma irrisória ou exorbitante, fora dos padrões de razoabilidade, como ocorre, na espécie.

VIII - O *arbitramento do quantum, abaixo dos parâmetros usuais deste e. Superior Tribunal de Justiça, estabilizado em patamar equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos para os casos de falecimento de filho em acidente de trânsito, aqui é feita em condições excepcionais*. Não se quer, com esse pronunciamento, de forma alguma, desprestigiar a vida humana e a dor pela perda trágica de um ente querido, mas sim, equilibrar os danos causados com a capacidade financeira do seu causador.

XIX - Recurso parcialmente provido.

(REsp n. 1.069.288-PR, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 14.12.2010, DJe 4.2.2011) (grifos nossos).

Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Morte de cônjuge e pai. Indenização por danos morais. Majoração. Bloqueio da parcela devida ao menor em conta poupança à disposição do juízo. Descabimento.

1. *Esta Corte Superior possui entendimento sólido segundo o qual, em caso de morte de cônjuge, ascendente ou descendente em primeiro grau, mostra-se razoável indenização por danos morais fixada em valor equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos* (REsp n. 1.021.986-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma,

julgado em 16.4.2009; REsp n. 713.764-RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 4.3.2008).

2. Não há motivo justificado para que a parcela devida ao menor co-autor (com 17 anos) fique bloqueada em “conta poupança” à disposição do Juízo, haja vista que, nos termos dos arts. 385 e 389 do Código Civil de 1916, os pais são administradores e usufrutuários dos bens dos filhos, havendo restrições apenas quanto a alienações e gravames reais dos bens imóveis (art. 360).

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 989.284-RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.6.2011, DJe 22.8.2011) (grifos nossos).

Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente automobilístico. Morte de pai e avós. Lesões corporais graves nos sobreviventes. Danos morais. Valor da indenização. Juros moratórios. Correção monetária. Termo inicial.

1. Considerados os critérios jurisprudenciais, pautados pela moderação, proporcionalidade e razoabilidade, e avaliadas as condições pessoais e econômicas das partes, e a imensa gravidade da lesão no caso concreto, o dano moral deve ser redimensionado no patamar máximo fixado, em regra, pelos mais recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a saber, o valor em moeda corrente correspondente a 1.000 salários-mínimos para a vítima que perdeu os dois genitores e teve importante lesão na mão. *Fixada a quantia correspondente a 500 salários-mínimos para a sua filha menor que sofreu traumatismo craniano com sequelas irreparáveis.* Arbitrado em favor da mãe da menor, também vítima do acidente, indenização no valor em moeda corrente correspondente a 200 salários mínimos, tendo em vista a circunstância de haver ela sofrido dano estético na face e tido que conviver com o dissabor, a preocupação e a necessidade de cuidados permanentes a serem dispensados a sua filha que contava com apenas 4 anos na data do acidente. Quantia que afasta a alegação de enriquecimento indevido dos ofendidos e, também, estimula a adoção, pela recorrente, de práticas efetivas visando à prevenção de acidentes rodoviários.

2. “Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso” (Súmula n. 54 do STJ).

3. A correção monetária deve incidir a partir da fixação de valor definitivo para a indenização do dano moral (Súmula n. 362 do STJ).

4. Recurso especial parcialmente provido. Em consequência, prejudicada a MC n. 16.841.

(REsp n. 1.127.484-SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17.3.2011, DJe 23.3.2011) (grifos nossos).

Processual Civil e Civil. Indenização. Danos morais. 500 salários mínimos. Majoração. Evento danoso contemporâneo ao parto. Negligência e imprudência

do atendimento médico. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ. Juros moratórios incidentes a partir do evento danoso. Súmula n. 54-STJ. Alíquota dos juros. 0,5% ao mês. Código Civil anterior. Selic. Atual Código Civil. Ausência de cotejo analítico.

1. É inviável o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial. Súmula n. 7-STJ.

(...)

7. A morte do filho no parto, por negligência médica, embora ocasione dor indescritível aos genitores, é evidentemente menor do que o sofrimento diário dos pais que terão de cuidar sempre do filho inválido, portador de deficiência mental irreversível.

8. Reformado o acórdão recorrido para fixar o valor do dano moral em 500 (quinhentos) salários-mínimos, diante das circunstâncias fáticas da demanda.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 1.024.693-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6.8.2009, DJe 21.8.2009) (grifos nossos).

Recurso especial. Responsabilidade civil. Morte de filho menor em decorrência de queda de composição férrea. Indenização por danos morais majorada. Ausência de vínculo empregatício. Indevido o pagamento de 13º salário. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(...)

2. Com efeito, atentando-se às peculiaridades do caso, em que o acórdão recorrido reconheceu a culpa exclusiva da ré, bem como ao fato de se tratar de vítima de tenra idade - circunstância que exaspera sobremaneira o sofrimento da mãe -, além da sólida capacidade financeira da empresa ré, mostra-se razoável para a compensação do sofrimento experimentado pela genitora, e consentâneo ao escopo pedagógico que deve nortear a condenação, majorar o valor da indenização a R\$ 232.500,00, equivalente a 500 salários mínimos, conforme precedentes da Casa.

(...)

4. Recurso especial parcialmente conhecido, e, na extensão, provido.

(REsp n. 1.021.986-SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.4.2009, DJe 27.4.2009) (grifos nossos).

4. Ressarcimento dos Lucros Cessantes (art. 1.059 do CC/1916)

É inviável o reexame de fatos e provas em sede de recurso especial, em razão da incidência das Súmulas n. 5 e n. 7 do STJ.

No caso em análise, o pedido de indenização pela suposta queda de rentabilidade das empresas dirigidas pelo autor, ora recorrente, foi analisado pelo Tribunal local nestes termos:

Injustificável que o autor receba indenização pela alegada queda de rentabilidade das empresas que dirigia.

(...)

O exame dos números trazidos às fls. 1.361 e 1.362 permitem várias interpretações, podendo a comparação com resultados sucedidos em outros períodos indicar, conforme o elemento comparativo utilizado, crescimento ou diminuição do resultado de cada empresa. Mesmo que se comprovasse a queda, não há demonstração alguma de que a sua causa tenha sido o afastamento do autor, já que ele não era o único dirigente de nenhuma das empresas. (fl. 1.845).

Em tais circunstâncias, a análise da suposta redução da rentabilidade das empresas dirigidas pela vítima exigiria a incursão no contexto fático-probatório dos autos, portanto, incabível em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ.

5. Ressarcimento em Dobro dos Lucros Cessantes e Despesas Médicas (art. 1.538, § 1º, do CC/1916)

O art. 1.538, § 1º, do CC/1916, dispunha:

Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido *das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença*, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo n. 3.725, de 15.1.1919).

§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§ 2º Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.

O recorrente, nas razões de recurso especial, aduz afronta ao art. 1.538, *caput*, e § 1º, do CC/1916, em razão da negativa de ressarcimento em dobro dos lucros cessantes e das despesas do tratamento, requerendo a condenação do réu ao pagamento em duplicidade da indenização referente aos lucros cessantes e despesas de tratamento.

O Tribunal local nada decidiu sobre a possibilidade de cálculo em duplicidade da indenização referente aos lucros cessantes e despesas de tratamento (art. 1.538, § 1º, do CC/1916), ao revés, cingiu-se à afirmar que:

A estipulação da sentença foi excessiva, não estando conforme o entendimento prevalente de que os danos morais não devem ser causa de enriquecimento. Eles se destinam a punir o ato contrário ao direito e consolar sua vítima amenizando o infortúnio sofrido. Não é o caso de aplicação do art. 1.538, "caput" e § 1º, do antigo Código Civil, pois, segundo a orientação vitoriosa, a Constituição de 1988 não admite prefixação pela lei de valores de danos morais (fl. 1.846).

A ausência de enfrentamento da matéria suscitada no recurso especial, mormente a possibilidade de cálculo em duplicidade da indenização referente aos lucros cessantes e despesas de tratamento (art. 1.538, § 1º, do CC/1916), 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*.

Ademais, o recorrente não apontou negativa de vigência ao art. 535 do CPC, consoante se colhe das razões de recurso especial, portanto, perfeitamente aplicável a Súmula n. 211-STJ.

Em face do exposto, *conheço parcialmente do recurso especial e, nesta parte, nego-lhe provimento*.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Gian Antônio de Salis ajuizou ação objetivando a condenação do Clube de Campo de São Paulo ao pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes de tiros desferidos por segurança do referido clube em suas dependências (fls. 3-24).

Sobreveio sentença de parcial procedência do pedido, para determinar o pagamento de indenização por danos morais e materiais e despesas de tratamento médico, até o pronto restabelecimento do autor, com juros a partir do ato ilícito e correção monetária a partir de cada desembolso, devendo ser apurado mediante liquidação por arbitramento o valor do tratamento das

sequelas remanescentes. Ainda julgou improcedente o pedido da reconvenção, e procedente a denúncia da lide (fls. 1.740-1.755).

O TJ-SP deu parcial provimento à apelação do recorrido, nos seguintes termos (1.842-1.850):

Responsabilidade civil. Indenização. Danos orais e materiais. Sócio de clube que sofre agressão a tiros de autoria de segurança dele. Reconhecimento da culpa do réu. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Quantias pagas por plano de saúde ou seguradora não podem ser incluídas na condenação. Injustificável que o autor receba novamente "*pro labores*" das empresas que dirigia durante o período de recuperação, bem como indenização pela alegada queda de rentabilidade das empresas. Estipulação excessiva de danos morais. Parte da sentença a ser liquidada por artigos ou arbitramento. Apelação parcialmente provida.

Opostos embargos declaratórios (fls. 1.861-1.865), foram rejeitados (fls. 1.869-1.872).

Irresignado, interpôs recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional (fls. 1.876-1.906) alegando violação aos arts. 128 do CPC, 1.058 e 1.059 do CC de 1916, porquanto:

a) houve julgamento *ultra petita* no tocante à atualização do valor fixado a título de danos morais, uma vez que o pedido declinado nas razões de apelação cingiu-se à redução desse montante, nada mencionando a respeito do termo inicial da correção monetária;

b) o ressarcimento dos lucros cessantes e das despesas com tratamento deveria ser feito em dobro, uma vez que do ato ilícito resultou deformidade física ao recorrente;

c) a redução do valor dos danos materiais referente à diminuição dos dividendos recebidos no período em que não pôde exercer suas funções administrativas não levou em consideração que a vítima de ato ilícito deve ser ressarcida também pelo que deixou de lucrar (lucros cessantes), e não apenas pelos danos emergentes, por isso que a diminuição do faturamento das sociedades controladas pelo recorrente deveria integrar a indenização por danos materiais.

Outrossim, aventou a existência de dissídio jurisprudencial quanto:

a) à questão relativa ao não ressarcimento das despesas médicas arcadas pela companhia seguradora;

b) à redução do montante relativo aos danos morais para R\$ 100.000,00, que contrasta com a indenização arbitrada em situação fática similar, em que o Tribunal fixou o montante em R\$ 450.000,00.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 2.036-2.063) defendendo a inadmissibilidade do recurso ou o seu não provimento.

O Tribunal de origem admitiu o recurso especial (fls. 2.066-2.069).

O eminente Ministro Relator conheceu parcialmente do recurso e, nessa extensão, negou-lhe provimento, aos seguintes fundamentos:

a) o termo inicial da correção monetária referente à indenização por dano moral decorrente de responsabilidade extracontratual é a data do seu arbitramento, nos termos da Súmula n. 362 do STJ, e o dos juros moratórios é a data do evento danoso, consoante preconizado pela Súmula n. 54 do STJ;

b) ausência de comprovação do dissídio jurisprudencial quanto à questão relativa à impossibilidade de as quantias decorrentes das despesas médicas integrarem a indenização por dano material, em virtude de terem sido pagas pela seguradora;

c) incidência da Súmula n. 7 do STJ quanto ao pedido de majoração da indenização por dano moral;

d) aplicação das Súmulas n. 5 e n. 7 do STJ no tocante à questão referente ao ressarcimento dos lucros cessantes (art. 1.059 do CC de 1916);

e) incidência da Súmula n. 211 do STJ, em relação ao pleito de ressarcimento em dobro dos lucros cessantes e das despesas médicas (art. 1.538, § 1º, do CC de 1916).

É o relatório.

2. Preliminarmente, o recurso não merece ser conhecido em virtude de irregularidade no preparo, qual seja, a ausência de indicação do número do processo na origem, consoante se deduz do DARF de fls. 1.907, datado de 29.4.2005.

A Corte Especial, no julgamento do AgRg no REsp n. 924.942-SC, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, sob o regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do CPC, adotou o entendimento de que, se não há a indicação na Guia de Recolhimento da União (GRU) do número de referência do processo, fica impossibilitada a identificação da veracidade do recolhimento, o que dá ensejo à deserção. O aresto foi assim ementado:

Processual Civil. Recurso especial. Porte de remessa e retorno dos autos. Exigências contidas nas resoluções do STJ aplicáveis à espécie. Deserção verificada. Ausente o número do processo a que se refere o recolhimento. Preparo efetivado em 20.6.2005. Indicação errônea do Código da Receita. Incidência da Resolução n. 12/2005.

1. A partir da edição da Resolução n. 20/2004, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com a anotação do respectivo Código de Receita e a juntada do comprovante nos autos, passou a ser necessária a indicação do número do processo respectivo.

2. Constata-se que, *in casu*, não foi anotado o número do processo a que se refere o documento de arrecadação de receitas federais, juntado à fl. 227 dos autos, bem como houve anotação errônea do Código de Receita.

3. Tendo sido efetuado o preparo em 20.6.2005, incide o disposto na Resolução n. 12/2005, não merecendo reparo a decisão agravada.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 924.942-SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, julgado em 3.2.2010, DJe 18.3.2010).

3. Ainda que superado esse óbice, o recurso não poderia ser conhecido consoante adiante se examina.

3.1. No tocante ao termo inicial da correção monetária do valor fixado a título de danos morais, alegou o recorrente tão somente a existência de julgamento *ultra petita*, uma vez que o pedido declinado nas razões de apelação cingiu-se à redução desse montante e o Tribunal, além de reduzi-lo, determinou que a atualização fosse feita a partir da data de prolação do acórdão.

Nesse passo, não houve impugnação ao conteúdo da decisão - o termo inicial propriamente dito da correção monetária -, mas contra a possibilidade de ser esse ato judicial praticado naquele exato momento processual, desimportando se o seu conteúdo reflete ou não entendimento correto.

E, quanto à possibilidade de o Juízo pronunciar-se acerca dos consectários legais da decisão condenatória, é de sabença que, ainda que não exista pedido específico, o julgador, ao prolatar a decisão condenatória, deverá agir de ofício, procedendo à fixação de correção monetária e de juros de mora, sem que esse ato caracterize julgamento *extra* ou *ultra petita*, porquanto a correção monetária é mera atualização do valor da dívida.

Com efeito, a correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, independentemente de pedido expresso da parte interessada.

Conquanto o ilustre Relator tenha-se manifestado acerca do termo *a quo* dos juros moratórios, tal tema não foi ventilado nas razões recursais.

Por isso que, neste ponto não conheço do recurso.

3.2. No que tange ao ressarcimento em dobro dos lucros cessantes e das despesas com tratamento (art. 1.538, § 1º, do CC de 1916), também não conheço do recurso, acompanhando o voto do nobre Relator.

É que a questão desborda dos contornos traçados pela instância ordinária, configurando a ausência do necessário prequestionamento.

Não obstante a oportuna oposição de embargos declaratórios, ao constatar a remanescência de omissão no julgado, olvidou-se o recorrente de aventar a violação ao art. 535 do CPC nas razões recursais de modo a afastar a incidência da Súmula n. 211 do STJ, segundo a qual é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

3.3. Com relação à indenização por danos materiais especificamente - no tangente ao ressarcimento dos lucros cessantes em virtude da alegada queda de rentabilidade das empresas dirigidas pelo recorrente -, o recurso também não reúne condições de admissibilidade, no que acompanho o voto do Relator.

O Tribunal *a quo*, ao proceder ao exame da questão, fundou seu entendimento em matéria eminentemente fático-probatória, inviabilizando seu reexame por este Tribunal Superior ante o óbice contido na Súmula n. 7 do STJ.

Confira-se o seguinte excerto do voto condutor (fl. 1.845):

Injustificável que o autor receba indenização pela alegada queda de rentabilidade das empresas que dirigia.

[...]

O exame dos números trazidos às fls. 1.361 e 1.362 permitem várias interpretações, podendo a comparação com resultados sucedidos em outros períodos indicar, conforme o elemento comparativo utilizado, crescimento ou diminuição do resultado de cada empresa. Mesmo que se comprovasse a queda, não há demonstração alguma de que a sua causa tenha sido o afastamento do autor, já que ele não era o único dirigente da empresa.

3.4. Quanto ao dissídio jurisprudencial relativo ao não ressarcimento das despesas médicas arcadas pela companhia seguradora, mais uma vez comungo o entendimento do Relator para não admitir o recurso.

O primeiro aresto citado como paradigma versa sobre dedução de valores oriundos de seguro de previdência privada (Previ) para fins de pensionamento do INSS, o que se deduz da respectiva ementa:

Civil e Processual Civil. Acidente aéreo. Ação indenizatória.

Responsabilidade objetiva e subjetiva da empresa transportadora. Pedidos compreendidos na exordial. Falecimento de esposa e filho menor. Vítima que exercia atividade remunerada. Pensão devida. Promoções. Eventualidade do fato. Não inclusão. Dedução de valores pagos pela previdência pública e privada. Dano moral e material. Juros moratórios. Súmulas n. 341-STF e n. 54-STJ. Lei n. 7.565/1986 (CBA).

I. Acidente decorrente de colisão de avião comercial no solo, atingindo fatalmente mulher e filho menor, que trafegavam em automóvel na via pública adjacente ao aeroporto.

II. Compreendendo a exordial da ação tanto o pedido de indenização pela responsabilidade objetiva da empresa aérea, com base no art. 268 do Código Brasileiro do Ar, como com fundamento na culpa da transportadora, merece reparo o acórdão estadual que identificou na lide apenas a primeira pretensão, limitando-se a decidir pela condenação exclusivamente pelos parâmetros fixados no art. 269 da mesma Lei n. 7.565/1986.

III. Ao reconhecer que os autores - esposo e pai, filhos e irmãos das vítimas - fazem também jus ao ressarcimento pelos danos materiais e morais sofridos, pode o STJ, em face do preceituado no art. 257 do Regimento Interno, aplicar o direito à espécie, definindo, de logo, na medida em que possível, à luz dos fatos incontroversos existentes nos autos, a indenização e/ou seus parâmetros respectivos, consoante cada uma das postulações feitas na inicial.

IV. Devido o pensionamento dos autores pela perda da contribuição financeira da primeira vítima, bancária, à família, a ser apurada em liquidação de sentença.

V. *Impossibilidade de consideração, para efeito do cálculo de pensionamento, dos benefícios pagos aos autores pela Previdência Pública e Privada (vencido, nesta parte, o relator).*

VI. Improcede a pretensão relativa à inclusão de promoções futuras na carreira quando da apuração do valor da pensão, em face da eventualidade do fato e não se enquadrar no conceito jurídico de "lucros cessantes".

VII. Tratando-se de família de razoável poder aquisitivo, não é pertinente o pensionamento pelo falecimento do filho menor, de tenra idade, por não se supor

que viesse a contribuir para o sustento do grupo até dele se desligar. Precedentes do STJ.

VIII. Dano moral devido como compensação pela dor da perda e ausência suportadas pelos autores, no equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos por cada uma das vítimas, a serem repartidos equitativamente, consideradas as circunstâncias dos autos.

IX. Ressarcimento pelos objetos de uso pessoal danificados ou perdidos no acidente, bem assim das despesas de funeral não cobertas pelas instituições previdenciárias, em montante estabelecido na fase de liquidação.

X. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 41.614-SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 21.10.1999, DJ 11.12.2000, p. 205).

O segundo acórdão, proferido pelo TJ-RJ, analisa questão relativa à não compensação, no montante da indenização, do valor pago pela seguradora em decorrência de seguro de vida.

O presente feito, ao revés, trata da exclusão da condenação das despesas médicas custeadas pelo plano de saúde contratado pelo recorrente, sendo forçoso concluir, portanto, pela ausência de similitude fática entre os julgados confrontados, o que impede o exame da questão pela via do recurso especial.

3.5. Com referência ao valor fixado a título de indenização por danos morais, melhor sorte não assiste ao recorrente, razão pela qual, mais uma vez, alinho-me ao judicioso voto do nobre Relator.

A jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a revisão dessa indenização só é possível, em sede de recurso especial, quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Na ausência de tais hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ.

No caso em testilha, o Tribunal Estadual, com ampla cognição fático-probatória, reduziu a indenização por dano moral para o patamar de R\$ 100.000,00, o que, à época (2004), era equivalente a 385 salários mínimos.

Confira-se excerto do voto condutor (fls. 1.845-1.846):

Os danos morais, consideradas as graves consequências do evento, ferimentos a tiros na face e na perna com fraturas nos dois locais, que exigiram longa internação hospitalar (118 dias), tratamento com várias operações, a intensidade da culpa do preposto do réu e as condições econômicas das duas partes, ficam

fixados em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com correção monetária a partir desta data. A estipulação da sentença foi excessiva, não estando conforme o entendimento prevalente de que danos morais não devem ser causa de enriquecimento.

Evidencia-se, dessarte, a ausência de irrisoriedade do montante arbitrado, o que atrai a incidência da Súmula n. 7 do STJ.

À guisa de exemplo, confirmam-se os julgados:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Indenização por morte de irmão em acidente de trânsito. Cabimento. Violação aos arts. 333, I do CPC e 927 do CC. Inocorrência. Dano moral. Valor da condenação. Razoabilidade. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Agravo regimental não provido.

1. No caso, não se trata de errônea valoração da prova. Na realidade, o que se pretende é que se colha das provas produzidas nova conclusão, incabível na via especial por incidência da Súmula n. 7-STJ.

2. Os irmãos têm direito à reparação do dano moral sofrido com a morte de outro irmão, haja vista que o falecimento da vítima provoca dores, sofrimentos e traumas aos familiares próximos, sendo irrelevante qualquer relação de dependência econômica entre eles (AgRg nos EDcl no Ag n. 678.435-RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 15.8.2006, DJ 11.9.2006, p. 289).

3. Indenização por danos morais. Valor razoável: nos termos da jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, a revisão de indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ, a impedir o conhecimento do recurso.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 1.255.755-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10.5.2011, DJe 13.5.2011).

Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Morte de filho. Danos morais. Fixação da indenização em valor irrisório. Adequação. Juros de mora e correção monetária. Termo inicial. Enunciados n. 54 e n. 362 da Súmula do STJ.

1. O fato de a vítima, à época do acidente, não mais residir na casa dos pais, em virtude de ter constituído nova família, não faz presumir que os laços afetivos entre eles tenham se enfraquecido, pois a diminuição da afetividade entre genitores e filhos, por ser contrária ao senso comum, é que exige comprovação concreta para fins de redução do valor arbitrado a título de compensação dos danos morais.

2. A transação feita pela companheira e pelo filho da vítima com a ré no tocante à indenização por danos morais não limita o direito à indenização dos demais autores, pais da vítima, ao valor ali acordado, pois estes possuem direito autônomo, oriundo da relação afetiva e de parentesco.

3. O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que seja manifestamente exagerado ou irrisório, distanciando-se, assim, das finalidades da lei. Hipótese em que o valor estabelecido para indenizar o dano moral sofrido em decorrência da morte do filho é irrisório, mesmo levando em consideração a quantia despendida para indenizar a companheira e o filho da vítima.

4. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios incidem desde o evento danoso, inclusive sobre o valor dos danos morais. Enunciado n. 54 da Súmula do STJ.

5. A correção monetária deve incidir a partir da fixação de valor definitivo para a indenização do dano moral. Enunciado n. 362 da Súmula do STJ.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.139.612-PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17.3.2011, DJe 23.3.2011).

Responsabilidade civil. Linha férrea. Acidente entre composição ferroviária e automóvel. Sinalização. Responsabilidade da concessionária de serviços ferroviários. Culpa concorrente. Luto. Comprovação. Desnecessidade. Fixação em parâmetro compatível. Juros de mora. Termo inicial. Súmula n. 54 do STJ. 13º salário. Exercício de atividade remunerada. Pensionamento. Morte de filho(a) de companheiro(a) e de genitor(a). Cabimento desde a data do óbito. Juros compostos. Vedação. Valor do dano moral. Súmula n. 7 do STJ. Constituição de capital. Possibilidade.

1. Colisão entre trem e automóvel em passagem de nível que, embora ocasionada por imprudência do motorista do automóvel, poderia ter sido evitada se no local houvesse sinalização adequada, impõe também à concessionária de transporte ferroviário a responsabilidade civil perante terceiro prejudicado, uma vez que a sinalização de ferrovias relaciona-se com o negócio de exploração de transporte ferroviário.

2. A ocorrência de culpa concorrente conduz à fixação das indenizações por danos materiais e morais de forma proporcional.

3. Cabível a indenização por luto, que dispensa comprovação das despesas, quando fixada em parâmetro compatível.

4. Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ).

5. Possível o pagamento do 13º salário apenas quando comprovado que a vítima exercia atividade remunerada.

6. A jurisprudência do STJ entende que: a) no caso de morte de filho(a) menor, pensão aos pais de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até 25 (vinte e cinco) anos e, a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos; b) no caso de morte de companheiro(a), pensão ao companheiro sobrevivente de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos; c) no caso de morte de genitor(a), pensão aos filhos de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até que estes completem 24 anos de idade.

7. A pensão por morte é devida desde a data do óbito.

8. Inviável a cobrança de juros compostos quando a obrigação de indenizar resultar de ilícito de natureza eminentemente civil.

9. A revisão de indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo a ponto de maltratar o art. 159 do Código Civil de 1916. Fora essas hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ, a impedir o conhecimento do recurso.

10. Cabível a constituição de capital ou caução fidejussória como previsto na Súmula n. 313 do STJ: "Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado".

11. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp n. 853.921-RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 16.3.2010, DJe 24.5.2010).

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

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 884.367-DF (2006/0196037-6)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Ananias Antonio da Silva

Advogado: Clécio Virgílio de Andrade - defensor público

Recorrido: Condomínio do Edifício Itália

Representado por: Winston Luiz de Oliveira Rodrigues - síndico

Advogado: Adelson Viana da Silva

EMENTA

Recurso especial. Incorporação imobiliária. Construção de edifício. Vícios e defeitos surgidos após a entrega das unidades autônomas aos adquirentes. Responsabilidade solidária do incorporador e do construtor. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

1. O incorporador, como impulsionador do empreendimento imobiliário em condomínio, atrai para si a responsabilidade pelos danos que possam resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação, incluindo-se aí os danos advindos de construção defeituosa.

2. A Lei n. 4.591/1964 estabelece, em seu art. 31, que a “iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador”. Acerca do envolvimento da responsabilidade do incorporador pela construção, dispõe que “nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção”, acrescentando, ainda, que “toda e qualquer incorporação, independentemente da forma por que seja constituída, terá um ou mais incorporadores solidariamente responsáveis” (art. 31, §§ 2º e 3º).

3. Portanto, é o incorporador o principal garantidor do empreendimento no seu todo, solidariamente responsável com outros envolvidos nas diversas etapas da incorporação. Essa solidariedade decorre tanto da natureza da relação jurídica estabelecida entre o incorporador e o adquirente de unidades autônomas quanto de previsão legal, já que a solidariedade não pode ser presumida (CC/2002, *caput* do art. 942; CDC, art. 25, § 1º; Lei n. 4.591/1964, arts. 31 e 43).

4. Mesmo quando o incorporador não é o executor direto da construção do empreendimento imobiliário, mas contrata construtor, fica, juntamente com este, responsável pela solidez e segurança da

edificação (CC/2002, art. 618). Trata-se de obrigação de garantia assumida solidariamente com o construtor.

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

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, 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), 6 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 15.3.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto por *Ananias Antonio da Silva*, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado:

Apelação cível. Sentença de improcedência. Responsabilidade civil. Defeitos constatados na construção do edifício. Obrigação do construtor em entregar a obra com solidez e segurança. Responsabilidade solidária do proprietário e do incorporador do edifício. Provimento do recurso.

Respondem pelos defeitos de construção surgidos no Edifício tanto o construtor quanto o incorporador em regime de solidariedade, pois este último, ainda que não tenha participado da sua construção, é aquele que aparece na relação contratual perante os adquirentes das unidades autônomas integrantes do empreendimento como o responsável pela entrega do imóvel com garantia de solidez e segurança. A responsabilidade solidária está consagrada no art. 942 do Código Civil vigente (correspondência legislativa: art. 1.518, parágrafo único do CC/1916) e na Lei n. 4.591/1964, em seus artigos 29, 30 e 31.

Por esta razão que se impõe a reforma da sentença recorrida para julgar procedente o pedido constante da inicial, porquanto não haja dúvidas quanto

à responsabilidade do réu, como incorporador do edifício, pelos defeitos apresentados na estrutura da construção do Edifício, surgidos em período inferior ao determinado pelo art. 618 do Código Civil (correspondência legislativa: art. 1.245 CC/1916).

Recurso de apelação a que se dá provimento à unanimidade. (fl. 295, e-STJ).

Em suas razões recursais (fls. 307-314, e-STJ), o ora recorrente alega que o v. acórdão recorrido incorreu em divergência jurisprudencial e em ofensa ao art. 618 do Código Civil de 2002 e ao art. 44, *caput* e § 1º, da Lei n. 4.591/1964. Sustenta, em síntese, que, na condição de mero incorporador, não pode responder, solidariamente com o construtor, pelos vícios que surgiram na construção do edifício, “mormente porque cumpriu todas incumbências determinadas na Lei n. 4.591/1964”. Afirmar, ademais, que “o artigo 618 do Código Civil imputa a responsabilidade nos contratos de empreitada de edifícios e outras construções ao empreiteiro/construtor pelo prazo irredutível de cinco anos, respondendo pela solidez e segurança, assim como em razão dos materiais e do solo”.

O ora recorrido, *Condomínio do Edifício Itália*, alega, preliminarmente, em suas contrarrazões, a intempestividade do recurso especial. No mérito, sustenta, além da incidência da Súmula n. 7-STJ, que “basta uma superficial averiguação nos autos e constatar-se-á que: ‘o ora recorrente era o proprietário do terreno (fls. 36v, R-3-1.336); foi o instituidor do condomínio (fls. 35, R-1-24.333 e fls. 37, R-6-1.336); foi o construtor (fls. 37, Av-5-1.336) e foi o vendedor das unidades autônomas (fls. 42-107 - grifo e negrito nosso). Enfim, do começo ao fim e sem intermediação alguma, foi o recorrente que tudo fez e, assim sendo, o r. acórdão *a quo* se mostra justo e irrepreensível” (fls. 321-324, e-STJ).

Admitido o recurso na origem, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): De início, fica afastada a alegada intempestividade do recurso especial.

O v. acórdão recorrido foi publicado no Diário de Justiça de 11 de maio de 2006. O órgão da Defensoria Pública, atuando na condição do curador do réu citado por edital, foi intimado, pessoalmente, no dia 19 seguinte, e a petição recursal foi protocolada em 19 de junho, dentro, portanto, do prazo previsto no art. 508 c.c. o art. 188, ambos do Código de Processo Civil.

Ressalte-se, por oportuno, que, nos termos da jurisprudência do STJ, “o prazo recursal da Defensoria Pública para a interposição de recurso especial, começa a fluir da data do arquivamento do mandado de intimação devidamente cumprido, e não da carga dos autos” (AgRg no REsp n. 1.123.009-RS, Terceira Turma, Rel. Min. *Sidnei Beneti*, DJe de 25.11.2011). Na hipótese em exame, inclusive, o prazo recursal de quinze dias, contado em dobro, foi computado a partir da própria data em que se efetivou a intimação pessoal, antes mesmo de qualquer outra providência de juntada ou arquivamento do mandado de intimação.

Quanto à alegada incidência do Enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, cumpre salientar que a questão controvertida nos autos é meramente de direito, não necessitando o reexame do contexto fático-probatório dos autos.

Com efeito, no presente recurso especial, basta verificar se pode ser imputada ao incorporador responsabilidade solidária por vício na construção de edifício de apartamentos em condomínio, inclusive quando tal construção tenha sido realizada por terceiro contratado.

A respeito do tema, o d. Juízo sentenciante concluiu que a responsabilidade por vícios advindos da construção de imóvel seria apenas do construtor, e não do incorporador, pois não teria encontrado prova de que este tenha atuado também como construtor. Nesse contexto, entendeu que, conforme as provas trazidas aos autos, a parte ré, ora recorrente, atuando meramente como incorporadora, não poderia ser responsabilizada pelos defeitos da construção (fls. 264-266, e-STJ).

Por outro lado, o colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios delineou ter “como certa a responsabilidade do apelado, ainda que não tenha sido o construtor do Edifício, mas por ter agido como incorporador do empreendimento, pelos defeitos nele apresentados por força da negociação que fez sobre as unidades autônomas (fls. 42-102). Ainda que lhe remanesça, em razão da solidariedade, o seu direito de regresso contra aquele que de fato construiu o Edifício, caso se sinta prejudicado por ter que promover os devidos reparos em benefício do apelante”. Concluiu que “respondem pelos defeitos de construção surgidos no Edifício tanto o construtor quanto o incorporador em regime de solidariedade, pois este último, ainda que não tenha participado da sua construção, é aquele que aparece na relação contratual perante os adquirentes das unidades autônomas integrantes do empreendimento como o responsável pela entrega do imóvel com garantia de solidez e segurança. A responsabilidade

solidária está consagrada no art. 942 do Código Civil vigente (correspondência legislativa: art. 1.518, parágrafo único do CC/1916) e na Lei n. 4.591/1964, em seus artigos 29, 30 e 31” (fls. 291-303, e-STJ).

Para melhor exame da controvérsia, transcreve-se da Lei de Condomínio em Edificações e de Incorporações Imobiliárias (Lei n. 4.591/1964) os seguintes dispositivos, por serem mais relevantes para o caso sob exame, *in verbis*:

Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei.

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, *considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.*

Art. 29. *Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.*

Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.

Art. 31. *A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser:*

a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea **a** do art. 32;

b) o construtor (Decreto número 23.569, de 11.12.1933, e n. 3.995, de 31 de dezembro de 1941, e Decreto-Lei número 8.620, de 10 de janeiro de 1946) ou corretor de imóveis (Lei n. 4.116, de 27.8.1962).

c) o ente da Federação imitido na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente.

§ 1º *No caso da alínea **b**, o incorporador será investido, pelo proprietário de terreno, o promitente comprador e cessionário deste ou o promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta*

Lei e se transcreva o disposto no § 4º, do art. 35, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais de terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador.

§ 2º Nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção.

§ 3º Toda e qualquer incorporação, independentemente da forma por que seja constituída, terá um ou mais incorporadores solidariamente responsáveis, ainda que em fase subordinada a período de carência, referido no art. 34.

Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

I - informar obrigatoriamente aos adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, o estado da obra;

II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a êstes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se fôr o caso e se a êste couber a culpa;

III - em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais dêste;

IV - é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal;

V - não poderá modificar as condições de pagamento nem reajustar o preço das unidades, ainda no caso de elevação dos preços dos materiais e da mão-de-obra, salvo se tiver sido expressamente ajustada a faculdade de reajustamento, procedendo-se, então, nas condições estipuladas;

VI - se o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, poderá o Juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal. Desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra (Vetado).

VII - em caso de insolvência do incorporador que tiver optado pelo regime da afetação e não sendo possível à maioria prosseguir na construção, a assembléia geral poderá, pelo voto de 2/3 (dois terços) dos adquirentes, deliberar pela venda do terreno, das acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação, mediante leilão ou outra forma que estabelecer, distribuindo entre si, na proporção dos recursos que comprovadamente tiverem aportado, o resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação e deduzido e entregue ao proprietário do terreno a quantia que lhe couber, nos termos do art. 40; não se obtendo, na venda, a reposição dos aportes efetivados pelos adquirentes, reajustada na forma da lei e de acordo com os critérios do contrato celebrado com o incorporador, os adquirentes serão credores privilegiados pelos valores da diferença não reembolsada, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador. (Incluído pela Lei n. 10.931, de 2004).

Art. 44. *Após a concessão do "habite-se" pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer, a averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultem da demora no cumprimento dessa obrigação.*

§ 1º *Se o incorporador não requerer a averbação o construtor requerê-la-á, sob pena de ficar solidariamente responsável com o incorporador perante os adquirentes. (grifou-se).*

De tais normas depreende-se que, para a caracterização da atividade de incorporação imobiliária, basta que a pessoa, física ou jurídica, assuma o compromisso de alienação ou efetive a venda de frações ideais de terreno vinculadas a unidades imobiliárias que integrarão, em condomínio, uma edificação coletiva, atuando, assim, na condição de incorporador.

Conforme delineia **MELHIM NAMEM CHALHUB**, “o texto legal fornece elementos para a caracterização da atividade de incorporação, permitindo conceituá-la como a atividade de coordenação e consecução de empreendimento imobiliário, compreendendo a alienação de unidades imobiliárias em construção e sua entrega aos adquirentes, depois de concluídas, com a adequada regularização no Registro de Imóveis competente (art. 44). Traço característico dessa atividade é a ‘venda antecipada de apartamentos de um edifício a construir’, que, do ponto de vista econômico e financeiro, constitui o meio pelo qual o incorporador promove a captação dos recursos necessários à consecução da incorporação” (in *Da Incorporação Imobiliária*, 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Revonar, 2010, p. 11).

Salienta, ademais, **HELY LOPES MEIRELLES**, que o “contrato de incorporação de condomínio é o ajuste pelo qual o incorporador se compromete a construir diretamente ou por terceiros e, ao final, transferir a propriedade horizontal de unidades autônomas ou um mesmo edifício de dois ou mais pavimentos, assim como as partes ideais do terreno das áreas de utilização comum, aos tomadores de apartamento, mediante preço fixo, ou ajustável ao custo da construção nas condições estabelecidas na convenção de condomínio (...). O incorporador é o elemento realizador do condomínio, donde lhe advém a designação, por analogia com o organizador das sociedades. Pode o incorporador ser o próprio dono do terreno, mas geralmente é o terceiro compromissário comprador ou simples titular da opção de compra e venda - que procura os interessados na aquisição de apartamentos; com eles combina o empreendimento, obtém os recursos financeiros necessários, contrata a construção e, a final, concretiza o negócio simultaneamente com o proprietário do terreno, com os tomadores de apartamentos, com o financiador da obra e com o construtor, num ajuste único, ou em sucessivos complementares de incorporação” (in *Direito de Construir*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 278-279).

A incorporação efetiva-se, assim, pela necessária atuação de um incorporador, sendo bastante que realize atos de coordenação e consecução do empreendimento imobiliário, consubstanciados no compromisso ou na venda de frações ideais do terreno objetivando a vinculação a unidades autônomas a serem entregues ao adquirente após concluída a construção.

O incorporador é, desse modo, a figura principal das relações jurídicas surgidas em decorrência da incorporação que promove. Embora o proprietário do terreno, o incorporador e o construtor da edificação possam ser pessoas distintas, a incorporação sempre terá no incorporador o responsável pelo papel principal no empreendimento.

Sendo o incorporador o principal responsável pela incorporação, está presente na relação jurídica com o proprietário do terreno, na venda das unidades autônomas correspondentes às frações ideais do terreno, diretamente ou por corretor de imóvel, nos licenciamentos perante os órgãos e entidades da administração pública e nos atos necessários à edificação da obra, diretamente ou por terceiro construtor. Estando presente em todas essas etapas da incorporação, resulta envolver o incorporador sua responsabilidade em todos os atos que coordena ou contrata. Embora a atividade de incorporação, em si, não se

confunda com as demais, inclusive com a de construção da obra, com todas elas se vincula.

Há casos em que o incorporador é o próprio proprietário do terreno destinado ao empreendimento e até mesmo pratica a atividade de corretagem. Em outras hipóteses, o incorporador, além da atividade típica de incorporação, assume a responsabilidade pela execução direta da obra. Como esclarece **HELY LOPES MEIRELLES**, na “verdade, a figura do incorporador apresenta-se multiforme, ora mediando o negócio, ora financiando o empreendimento, ora construindo o edifício, ora adquirindo apartamentos para revenda futura - mas, em todas essas modalidades, a sua constante é ser o elemento propulsor do condomínio.” (in *Direito de Construir*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 279).

Na hipótese dos autos, a eg. Corte Distrital entendeu irrelevante saber ao certo se o réu fora ou não diretamente o construtor do edifício, pois sua atuação como proprietário do terreno, idealizador e incorporador do empreendimento cuja construção veio a ser concluída - inclusive com os devidos registros imobiliários relativos à convenção de condomínio, à averbação da construção e individualização e discriminação das unidades - e alienante das unidades condominiais após concluída a construção era suficiente para caracterizar sua responsabilidade solidária com a do construtor.

Nesse contexto, em que o incorporador percorreu todas as etapas alusivas ao empreendimento como principal responsável pela efetivação do condomínio, sendo a figura central desde sua condição de proprietário do terreno disponível até a venda final das unidades já edificadas, concluídas, individualizadas e registradas, não parece mesmo haver razão plausível para afastar-se sua responsabilidade solitária pelos defeitos da construção que, se não realizou diretamente, pelo menos contratou, máxime se nenhum dispositivo legal é violado com tal entendimento.

O incorporador, como impulsionador do empreendimento imobiliário em condomínio, em todas as suas etapas, atrai para si a responsabilidade pelos danos que possam resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação, incluindo-se aí os danos advindos de construção defeituosa.

A propósito do tema, **JOSÉ DE AGUIAR DIAS**, interpretando a Lei n. 4.591/1964, acolhe a solidariedade entre o incorporador e o construtor por eventuais defeitos na construção. Afirma que o incorporador, ao contratar o construtor, por este se faz substituir na relação jurídica estabelecida com o

adquirente da unidade construída e da fração ideal de um terreno, de maneira que deve ser responsabilizado pela má execução ou pelos defeitos da obra incorporada, ainda que decorrentes da atuação do substituído. Assinala, *in verbis*:

(...) o contrato de incorporação, em face da Lei n. 4.591, contém todos os elementos para imposição de obrigação de reparar ao incorporador. Ele é contratante, é ele que assume a obrigação de fazer, cujo último ato é a entrega de uma ou várias unidades construídas e correspondentes a frações ideais do terreno em que se erguem e assentam.

Não há distinguir entre as várias espécies de dano que podem surgir da inexecução ou da má execução do contrato da incorporação. Trata-se de entrega retardada, de construção defeituosa, de inadimplemento total, o incorporador é o responsável, pois é ele quem figura no pólo da relação contratual oposto a em que se coloca o adquirente da unidade ou das unidades autônomas.

Nem tem influência, igualmente, para o caso, o fato de ser a construção incumbida a terceiro, o construtor (...). Quando a inexecução ou execução defeituosa resulta da falta de terceiro, por quem o contratante se fez substituir, a responsabilidade decorre da simples substituição.

(...)

Em resumo: quem se faz substituir na execução de uma tarefa é responsável pelos danos causados pelo substituto, quer decorram de falta contratual, quer de falta delitual, desde que relacionados com o exercício da substituição. A figura chamada no direito francês de terceiro cúmplice na inexecução do contrato, que preferimos chamar, por preocupação de melhor propriedade da expressão, de terceiro participante na execução, se confunde, por força da substituição, quando esta ocorre, com a figura do substituído, gerando a solidariedade, consagrada, entre outros textos, no parágrafo único do artigo 1.518 do Código Civil, aplicável, em matéria de reparação de dano, ao caso de responsabilidade contratual, dada a unidade da culpa, para esse efeito, sendo certo, por isso tudo, que o incorporador de edifício constituído de unidades autônomas responde civilmente pelos danos resultantes da má execução ou defeitos da obra incorporada, embora executada por terceiro, construtor, solidariamente responsável com aquele pela obrigação de ressarcir.

Ao incorporador, nos termos da Lei n. 4.591, cabe a contratação da edificação do imóvel constituído de unidades autônomas e é exatamente por lhe caber essa tarefa que responde pela má ou defeituosa execução da obra, traduzida, na sua ruína ou ameaça de ruína, exigindo reparações de vulto ou reconstrução. É certo que, em caso de paralização injustificada da obra ou de retardamento excessivo, pode ser destituído, com intervenção subsequente dos adquirentes para darem prosseguimento àquela, o que é faculdade comum às obrigações de fazer. Isso, porém, não prejudica o direito à exigência de perdas e danos por parte dos

prejudicados, direito decorrente dos princípios da responsabilidade civil, que impõem a restituição do lesado à situação anterior ao dano, à custa do ofensor.

É indubitosa a admissão, direi, mesmo, a procedência da ação contra o incorporador e o construtor, por danos resultantes de erro, negligência ou imperícia de terceiro, encarregado das fundações, do cálculo arquitetônico ou de concreto ou de qualquer tarefa exigida pela construção e a ele entregue pelo incorporador ou construtor (...). *O mecanismo da substituição, que explica juridicamente a sua responsabilidade estabelece verdadeira identificação entre o cérebro e a direção, que orienta, e o braço que executa. O ato do preposto é ato do preponente. O ato do dirigido é ato do dirigente. O ato do substituto é ato do substituído. Daí, a consequência irremovível: a obrigação de reparar a cargo daquele que se faz substituir.* É evidente que, além dessa explicação da responsabilidade civil por fato de terceiro (seja porque a este foi delegada uma tarefa, seja porque ele pertence ao número das pessoas por fatos de quem legalmente nos é imposta a obrigação de reparar, seja o dano produzido no curso da execução de um contrato, seja por via extracontratual), milita no mesmo sentido a consideração, de fundo objetivo, mas sempre decisiva em matéria de responsabilidade civil, conforme a qual *àquele que recolhe os proveitos de determinada atividade corresponde o dever de compensá-los com a obrigação de reparar os danos dela decorrentes.* A Lei n. 4.591 especificou, não criou direito novo. Seu sistema de responsabilidade está conforme aos princípios consagrados, aos quais nada acrescentou, tendo o mérito, todavia, de dissipar qualquer dúvida eventual, levantada por interessados, se não tivesse o cuidado de reiterar o *jus receptum*. (Responsabilidade civil em debate. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 54-59, grifou-se).

De forma geral, a doutrina tem reconhecido a solidariedade entre o incorporador e o construtor para responder pelos vícios e defeitos da obra, assim como por sua solidez e segurança.

Na lição de **EVERALDO AUGUSTO CAMBLER**:

No contrato de construção, firmado entre o incorporador e a construtora, a contratada compromete-se, sob sua exclusiva responsabilidade profissional, a executar as obras ali especificadas, estando aí incluídos os cuidados quanto à natureza dos materiais, equipamentos, máquinas, ferramentas e pessoal necessários e tudo aquilo que possa afetar o bom andamento das obras.

Com efeito, não obstante sejam os projetos, especificações e demais informações e instruções fornecidos pelo incorporador-contratante, a construtora invariavelmente responsabiliza-se pela qualidade, exatidão de execução dos projetos e segurança das obras contratadas, devendo, inclusive, formalizar o pedido de providências necessárias para que sejam corrigidos os erros ou discrepâncias encontrados nos elementos fornecidos pelo incorporador.

Isto não obstante, tivemos a oportunidade de mencionar (cf. tópico 1.2.2.1 - Livro I, Parte I) que *o incorporador, como parte da relação jurídica incorporativa, tem*

a obrigação e o dever de movimentar a obra e manter a construção em ritmo normal, sendo-lhe facultado, inclusive, substituir o construtor na execução da construção, caso essa providência se faça necessária para que o cronograma originariamente traçado seja integralmente cumprido.

Ao celebrar o contrato de construção, o incorporador estende a obrigação assumida junto aos adquirentes ao construtor, fazendo-se substituir por este passando ambos a responder pela obrigação de resultado perante o contratante. Em razão da substituição havida, quem se faz substituir é responsável, juntamente com o substituto, pelos danos decorrentes quer da falta contratual, quer de falta delitual, desde que relacionados com o exercício da substituição, gerando a solidariedade consagrada no art. 1.518, parágrafo único, do CC, aplicável também em matéria de reparação de dano contratual em face do princípio da unidade da culpa.

Assim, verificada a ofensa ou violação do direito do adquirente da unidade condominial, ou impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários ligados à atividade incorporativa, subsiste para todos o encargo de reparar o dano ou pagar o equivalente acrescido das perdas e danos, pelos quais responderá aquele que for diretamente culpado pelo dano (art. 908 do CC).

Em ocorrendo vícios (redibitórios) ocultos ou vícios construtivos referentes à solidez e segurança no empreendimento incorporado, estes deverão ser imputados ao construtor e ao incorporador dentro dos prazos especificados no Código Civil (...).

Ao lado do Código e Defesa do Consumidor, a LCI (arts. 48 a 62) e, subsidiariamente, os arts. 1.237 a 1.247 do CC regem o contrato de incorporação de edifícios em condomínio, de maneira que o construtor-empreiteiro e o incorporador respondem pelos danos oriundos da execução do projeto construtivo e das especificações contratualmente estabelecidas em face dos adquirentes finais e, eventualmente, perante o dono do terreno. (Responsabilidade Civil na Incorporação Imobiliária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 219-222, grifou-se).

Também leciona **SÉRGIO CAVALIERI FILHO**:

Em nada altera esta conclusão o fato de ter sido a construção cometida ao construtor. O incorporador continua responsável porque é o contratante. Responde também o construtor, porque é o causador direto do dano, e tem responsabilidade legal, de ordem pública, de garantir a solidez e segurança da obra em benefício do seu dono e da incolumidade coletiva, conforme já demonstrado.

Pondere-se, ainda, que o fim do contrato de incorporação é a edificação, e esta pertence, real e efetivamente, aos adquirentes de unidades autônomas e ao condomínio. Tanto é assim que, se a obra não é executada a contento, ou completamente, quem sofre os prejuízos, direta e imediatamente, são os adquirentes das unidades autônomas, e não o incorporador.

Desta forma, quando o incorporador celebra contrato com o construtor, nada mais faz que estender-lhe a sua obrigação, passando ambos a ser responsáveis pela construção. *O incorporador, na realidade, está apenas se fazendo substituir pelo construtor.*

(...)

Em conclusão: *nas incorporações de imóveis, respondem solidariamente pelos defeitos da construção o incorporador e o construtor. O primeiro por ser o contratante; o segundo, não só em razão da garantia legal imposta por questões de ordem pública, mas, também, por ser o substituto do incorporador na execução do contrato de construção.* Têm legitimidade para reclamar o ressarcimento os condôminos, em relação aos defeitos que se apresentarem em suas respectivas unidades, e o condomínio, no que respeita aos defeitos verificados nas partes comuns. (Programa de Responsabilidade Civil. 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010, p. 373-374, grifou-se).

De fato, não se pode entender, em leitura isolada da norma do art. 44 da Lei de Incorporações, que a responsabilidade do incorporador limite-se à averbação da construção das edificações, após a concessão do “habite-se”, somente respondendo até esse momento, não após a entrega da obra.

A Lei n. 4.591/1964 estabelece, em seu art. 31, que a “iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador”. Acerca do envolvimento da responsabilidade do incorporador pela construção, dispõe que “nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção”, acrescentando, ainda, que “toda e qualquer incorporação, independentemente da forma por que seja constituída, terá um ou mais incorporadores solidariamente responsáveis” (art. 31, §§ 2º e 3º). Portanto, é o incorporador o principal garantidor do empreendimento no seu todo, solidariamente responsável com outros envolvidos nas diversas etapas da incorporação.

Então, ainda que o incorporador não realize a execução direta da obra, contratando terceiro - construtor - para fazê-la, não se pode eximir da obrigação de entrega do edifício de acordo com o projeto de construção e o memorial descritivo das especificações da obra projetada, devidamente arquivados no competente registro de imóveis (Lei n. 4.591/1964, art. 32). A obrigação assumida pelo incorporador está consubstanciada, em última análise, na entrega ao adquirente de fração ideal do terreno da correspondente unidade imobiliária construída, garantindo a segurança, a solidez, a idoneidade e a qualidade da obra.

Destaca-se, pois, a responsabilidade solidária do incorporador pelos vícios surgidos na construção, após a entrega do empreendimento, consistentes em rachaduras nas lajes e paredes do imóvel, infiltrações e outros defeitos estruturais. Mesmo quando o incorporador não é o executor direto da construção do empreendimento imobiliário, mas contrata construtor para execução da obra, fica, juntamente com este, solidariamente responsável pela solidez e segurança da edificação, tanto em razão dos materiais como do solo (CC/2002, art. 618). Trata-se de uma verdadeira obrigação de garantia assumida solidariamente com o construtor. Entende-se, assim, aplicável ao incorporador, e não apenas ao empreiteiro/construtor direto, a regra do mencionado art. 618 do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, de um lado, o *caput* do art. 942 do Código Civil de 2002 (que reproduziu a norma do art. 1.518 do Código Civil de 1916) estabelece que “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. De outro lado, o art. 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor - e aqui tem-se relação de consumo - dispõe que, “havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores”.

Quando o consumidor celebra contrato de compra e venda de apartamento com o incorporador - e aqui considere-se que a atividade de incorporação e construção encerra relação de consumo quando o adquirente do imóvel é o destinatário final - e este celebra outro contrato com construtor, visando à execução da obra, a relação que se estabelece é de confiança. O consumidor, certamente, espera que o incorporador cuide para que a obra seja executada, ainda que por construtor diverso, de maneira a garantir solidez e a segurança da edificação. Há aqui uma extensão, perante o consumidor, da responsabilidade do incorporador pelo resultado da construção. Na hipótese, o incorporador se faz substituir pelo construtor, tornando-se, assim, responsável pelo resultado dessa substituição. Por essa razão, fica caracterizada a responsabilidade solidária de ambos - construtor e incorporador - por eventuais defeitos surgidos na obra.

Como se vê, essa solidariedade decorre tanto da natureza da relação jurídica estabelecida entre o incorporador e o adquirente de unidades autônomas quanto de previsão legal, já que a solidariedade não pode ser presumida, devendo derivar de lei ou de vontade das partes (CC/2002, art. 265).

Os Códigos Civil e de Defesa do Consumidor consagram normas gerais a respeito da responsabilidade civil solidária daqueles que causam danos a

outrem. Por outro lado, a referida lei especial - que trata da incorporação imobiliária (Lei n. 4.591/1964) - traz normas que invocam a responsabilidade do incorporador pela promoção do empreendimento imobiliário que resultará, ao final, na entrega do imóvel pronto, na forma contratada e com a qualidade e solidez esperada. Há determinação expressa de solidariedade do responsável pelos atos de incorporação.

Com base nessas reflexões, infere-se que o incorporador e o construtor são solidariamente responsáveis por eventuais vícios ou defeitos de construção surgidos no empreendimento imobiliário, de modo que o incorporador responde, ainda que não tenha assumido diretamente a execução da obra.

Por fim, cumpre apenas afastar o cabimento do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, na medida em que o precedente trazido pelo recorrente, de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi (REsp n. 441.236-RJ), em nada se assemelha à hipótese dos autos. Com efeito, nesse acórdão trazido como paradigma, a discussão limitou-se à verificação da responsabilidade solidária entre o incorporador e o construtor pela averbação das edificações no Registro de Imóveis, após a obtenção do “habite-se”, e não a eventual responsabilidade de ambos por defeitos e vícios ocorridos na obra, após a entrega do imóvel.

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 936.741-GO (2007/0065852-6)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Cargill Agrícola S/A

Advogado: Adilio Evangelista Carneiro e outro(s)

Recorrido: Darci Luiz da Silva

Advogado: Edmar Lázaro Borges e outro(s)

EMENTA

Direito Empresarial. Contratos. Compra e venda de coisa futura (soja). Teoria da imprevisão. Onerosidade excessiva. Inaplicabilidade.

1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.

2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais.

3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis.

5. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 3 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 8.3.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se, na origem, de ação ordinária na qual *Darci Luiz da Silva* pleiteia a resolução de contratos de venda futura de soja celebrados com *Cargill Agrícola S.A.*, sob a alegação de que a variação cambial do dólar alterou significativamente a cotação do produto vendido, tornando o contrato excessivamente oneroso.

O Juízo de primeira instância julgou procedente o pedido, afirmando que “os contratos estão desprovidos do princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico, evidenciando sobremaneira a onerosidade excessiva imposta ao vendedor ora autor” (e-STJ fls. 209-217).

No julgamento da apelação interposta contra a referida sentença, o TJGO negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 272-273):

Apelação cível. Ação de resolução de contrato. Compra e venda de soja em grãos. Preço pré-fixado. I - Relativização do princípio do “*pacta sunt servanda*”. II - Teoria da imprevisão. Aplicabilidade. III - Rescisão.

I - Atualmente a teoria contratual não mais se pauta pela rigidez do princípio *pacta sunt servanda*, mas sim, pelos princípios da função social do contrato, da boa-fé e do equilíbrio econômico (artigos 421, 422, do Código Civil) e na aplicação das teorias da imprevisão e da lesão, que permitem ao Judiciário restabelecer o equilíbrio sócio-econômico do pacto.

II - A teoria da imprevisão tende a fazer admitir que, em qualquer matéria, a parte lesada por um contrato pode ser exonerada de suas obrigações quando fatos provenientes ou não de imprevisibilidade da alteração circunstancial, embaraçam ou tornam dificultoso o adimplemento da obrigação de uma das partes, impondo manifesta desproporcionalidade entre a prestação e contraprestação, com dano significativo para um contratante e consequente vantagem excessiva para o outro.

III - Cabe portanto ao Judiciário repelir as práticas abusivas do mercado para coibir principalmente o lucro excessivo de um em detrimento do prejuízo de *outrem*, revisando ou declarando nulas as cláusulas contratuais que ocasionem um desequilíbrio flagrante entre os contratantes.

Recurso conhecido e improvido.

Opostos embargos de declaração contra o referido acórdão, foram eles rejeitados pelo TJGO.

Inconformada, a recorrente interpôs o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c**, do art. 105, da CF.

Quanto à alínea **a**, alegou violação aos seguintes dispositivos legais: arts. 165, 458, II e III, e 535, I e II, todos do CPC, arts. 127, 191 e 197, todos do CCom, e arts. 157, 187, 421, 422, 476 e 478, todos do CC/2002.

No tocante à alínea **c**, suscitou dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte Superior, bem como de outros Tribunais de Justiça estaduais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Merece ser conhecido o presente recurso especial: sua interposição foi tempestiva, foi realizado o preparo e a matéria nele discutida está devidamente prequestionada. Presentes, portanto, os requisitos de admissibilidade.

No mérito, merece provimento o recurso, uma vez que não se justifica a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos discutidos nos autos.

De início, cumpre observar que os fatos que envolvem a lide são de notório conhecimento: trata-se dos contratos de venda futura de safra celebrados por vários produtores rurais goianos no início dos anos 2000, muitos dos quais foram questionados no Poder Judiciário, em razão da variação cambial do dólar ocorrida em 2002.

Algumas dessas ações já foram julgadas em sede de recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo esta Corte se posicionado pela impossibilidade de aplicação da teoria da imprevisão em tais contratos. Confirmam-se, a propósito, as ementas de alguns desses julgados (grifos nossos):

Direito Civil e Agrário. Compra e venda de safra futura a preço certo. Alteração do valor do produto no mercado. Circunstância previsível. Onerosidade excessiva. Inexistência. Violação aos princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva e probidade. Inexistência.

- *A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível.*

- Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo.

- O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato.

- A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.

- A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquinar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 803.481-GO, Relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 28.6.2007, DJ 1º.8.2007).

Direito Civil e Comercial. Compra de safra futura de soja. Elevação do preço do produto. Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade. Onerosidade excessiva. Inocorrência.

1. A cláusula *rebus sic stantibus* permite a inexecução de contrato comutativo - de trato sucessivo ou de execução diferida - se as bases fáticas sobre as quais se ergueu a avença alterarem-se, posteriormente, em razão de acontecimentos extraordinários, desconexos com os riscos ínsitos à prestação subjacente.

2. Nesse passo, em regra, é inaplicável a contrato de compra futura de soja a teoria da imprevisão, porquanto o produto vendido, cuja entrega foi diferida a um curto espaço de tempo, possui cotação em bolsa de valores e a flutuação diária do preço é inerente ao negócio entabulado.

3. A variação do preço da saca da soja ocorrida após a celebração do contrato não se consubstancia acontecimento extraordinário e imprevisível, inapto, portanto, à revisão da obrigação com fundamento em alteração das bases contratuais.

4. Ademais, a venda antecipada da soja garante a aferição de lucros razoáveis, previamente identificáveis, tornando o contrato infenso a quedas abruptas no preço do produto. Em realidade, não se pode falar em onerosidade excessiva, tampouco em prejuízo para o vendedor, mas tão-somente em percepção de um lucro aquém daquele que teria, caso a venda se aperfeiçoasse em momento futuro.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 849.228-GO, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3.8.2010, DJe 12.8.2010).

Processo Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Pressupostos de admissibilidade. Atendimento. Contrato. Compra e venda. Safra futura. Rescisão. Risco inerente ao negócio jurídico. Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade.

(...)

3. *Não se aplica a teoria da imprevisão nos contratos de compra e venda de safra futura a preço certo.*

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.016.988-GO, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 17.6.2010, DJe 29.6.2010).

Civil. Contrato. Venda. Safra futura. Soja. Cotação. Mudança. Alteração e resolução da avença. Impossibilidade.

1 - *A venda de safra futura, a preço certo, em curto espaço de tempo, há de ser cumprida pelas partes contratantes. Alterações previsíveis na cotação do produto (soja) não rendem ensejo à modificação da avença ou à sua resolução. Precedentes deste Tribunal.*

2 - Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 809.464-GO, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 10.6.2008, DJe 23.6.2008).

Civil. Contrato. Compra e venda. Soja. Preço fixo. Entrega futura. Oscilação do mercado. Resolução. Onerosidade excessiva. Boa-fé objetiva. Cédula de produto rural. Nulidade.

- *Nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se cogita em imprevisão.*

(...)

(REsp n. 866.414-GO, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 6.3.2008, DJe 26.11.2008).

É preciso deixar claro que o caso dos autos refere-se a contratos empresariais e não a contratos de consumo, nos quais se tem defendido, atualmente, um maior dirigismo contratual, com a consequente relativização dos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.

Nos contratos empresariais, dada a simetria natural que há entre as partes contratantes, a situação é diferente. Não se pode tratá-los da mesma forma que os demais contratos de direito privado, tais como os contratos de trabalho, os contratos de consumo ou mesmo os contratos entre particulares.

O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. Por isso, os estudiosos e operadores do Direito Empresarial têm defendido a necessidade de um novo Código Comercial, cujo projeto já está em trâmite no Congresso Nacional (PL n. 1.572/2001 da Câmara dos Deputados).

Vale ressaltar que o caso dos autos ainda traz algumas peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, prevista no art. 478 do CC/2002, *in verbis*:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

No caso *sub judice*, deve-se reconhecer que: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais que atuam nessa área e sabem que tais flutuações são possíveis.

Diante do exposto, *conheço* do presente recurso especial e *lhe dou provimento*, para reformar o acórdão recorrido e julgar improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, com inversão dos ônus sucumbenciais.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.102.539-PE (2008/0264049-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti
Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF
Advogado: Diogo Melo de Oliveira e outro(s)
Recorrido: Maria de Lourdes de Almeida e outros
Advogado: Wilton Andrade de Souza Júnior e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Sistema Financeiro da Habitação. Pedido de cobertura securitária. Vícios na construção. Agente financeiro. Ilegitimidade.

1. Ação em que se postula complementação de cobertura securitária, em decorrência danos físicos ao imóvel (vício de construção), ajuizada contra a seguradora e a instituição financeira estipulante do seguro. Comunhão de interesses entre a instituição financeira estipulante (titular da garantia hipotecária) e o mutuário (segurado), no contrato de seguro, em face da seguradora, esta a devedora da cobertura securitária. Ilegitimidade passiva da instituição financeira estipulante para responder pela pretendida complementação de cobertura securitária.

2. A questão da legitimidade passiva da CEF, na condição de agente financeiro, em ação de indenização por vício de construção, merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua ação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas (2) ou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

3. Nas hipóteses em que atua na condição de agente financeiro em sentido estrito, não ostenta a CEF legitimidade para responder por pedido decorrente de vícios de construção na obra financiada. Sua responsabilidade contratual diz respeito apenas ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, à liberação do empréstimo, nas épocas acordadas, e à cobrança dos encargos estipulados no contrato. A previsão contratual e regulamentar da fiscalização da obra pelo agente financeiro justifica-se em função de seu interesse em que o empréstimo seja utilizado para os fins descritos no contrato de mútuo, sendo de se ressaltar que o imóvel lhe é dado em garantia hipotecária.

4. Hipótese em que não se afirma, na inicial, que a CEF tenha assumido qualquer outra obrigação contratual, exceto a liberação de recursos para a construção. Não integra a causa de pedir a alegação de que a CEF tenha atuado como agente promotor da obra, escolhido a construtora ou tido qualquer responsabilidade relativa à elaboração ao projeto.

5. Recurso especial provido para reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* do agente financeiro recorrente.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Ministra Maria Isabel Gallotti, dando provimento ao recurso, no que foi acompanhada pelos Ministros João Otávio de Noronha e Raul Araújo, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial. Vencido o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, que lhe negava provimento.

Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti. Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti os Srs. Ministros Raul Araújo e João Otávio de Noronha.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 9 de agosto de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Maria de Lourdes de Almeida e outros seis autores ajuizaram ação objetivando indenização, cumulada com obrigação de fazer, em face de Caixa Seguradora S/A e Caixa Econômica Federal (CEF), noticiando que são moradores do Condomínio Habitacional Pinheiros, bloco 3-A, localizado em Recife-PE, cuja obra foi financiada e fiscalizada pela Caixa Econômica Federal, e que desde a entrega dos apartamentos vêm os mutuários e moradores reclamando, sem sucesso, dos vícios e defeitos de construção do empreendimento, bem como da ausência de registro da incorporação. Somente após o Ministério Público Estadual tomar ciência do fato, bem como comprovado o risco de desabamento, é que a CEF e Caixa Seguradora compeliram os moradores do Condomínio Pinheiros a desocupar os apartamentos, para que fossem iniciadas as obras de recuperação. A ação proposta, destarte, pretende ressarcimento de todos os danos decorrentes dos vícios de construção, inclusive os havidos em razão da desocupação das unidades habitacionais, quais sejam, o pagamento de aluguel no valor de R\$ 500,00 mensais, taxa de condomínio, IPTU e conta de energia, pedido compatível com a locação de imóvel do mesmo padrão popular daquele então financiado.

O Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco concedeu parcialmente a antecipação da tutela pleiteada, asseverando, no particular à legitimidade da CEF para responder à demanda, o seguinte:

É lícito cogitar-se da responsabilidade da Caixa Econômica Federal e da seguradora quanto aos possíveis defeitos da construção financiada, imputando-lhe, também, as despesas desembolsadas pelo mutuário, em virtude desses defeitos ou da desocupação forçada (aluguel etc.).

Deveras, o agente financeiro, efetuando a fiscalização técnica, obriga-se a garantir o resultado da construção, segundo os padrões de normalidade, porque o mutuário constitui-se na parte vulnerável na negociação, e sem dúvida passa a confiar nessa atuação de cunho técnico (fl. 41).

Contra essa decisão, a CEF interpôs agravo de instrumento, alegando, essencialmente, ilegitimidade passiva, inexistência dos requisitos para a concessão da antecipação de tutela, impossibilidade de atribuir-se responsabilidade solidária entre o agente financeiro e a seguradora, inexistência do dever de fiscalização da obra por parte do agente financeiro e, ainda, benefício de ordem (fls. 02-11).

O agravo foi improvido, nos termos da seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Administrativo. SFH. Risco de desabamento. Desocupação forçada. Arbitramento de aluguel e demais despesas. Responsabilização da CEF e da seguradora. Medida emergencial.

- Insurge-se a CEF em face de decisão que deferiu parcialmente a antecipação de tutela requerida no sentido de atribuir-lhe a responsabilidade solidária com a Caixa Seguros, para que as mesmas depositem em juízo (50% para cada qual) as despesas necessárias à desocupação das unidades residenciais, desde janeiro de 2005, além do pagamento das despesas de permanência nos imóveis alugados, inclusive a quantia mensal de até R\$ 500,00(quinheiros reais) por apartamento, a título de aluguel, enquanto perdurar a reforma do prédio.

- A responsabilidade solidária em relação às despesas desembolsadas pelo mutuário, em virtude da desocupação forçada, trata-se de uma medida emergencial, em face do risco de desabamento do imóvel. Assim, mesmo que não haja previsão contratual acerca dessas despesas, deve-se custear uma alternativa habitacional compatível durante as obras de recuperação, é, no mínimo, o que se pode esperar para a preservação da integridade física dos seus ocupantes.

- Ademais, mesmo que haja previsão contratual por parte da Seguradora – Caixa Seguros – em custear os encargos do financiamento durante o período de desocupação, não constitui *bis in idem* o pagamento de aluguel por parte da CEF, haja vista que os mutuários dos apartamentos interditados não deram causa ao fato que ensejou tal responsabilização, portanto, devem ser compensados pelos transtornos sofridos.

- A reforma do imóvel já está em curso, sendo realizada às expensas da seguradora, de modo a reconhecer o comprometimento da construção financiada pela Caixa Econômica Federal.

- Agravo de instrumento improvido e agravo regimental prejudicado. (fl. 152).

Sobreveio recurso especial fulcrado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 186 e 265 do Código Civil, batendo-se a Caixa por sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda.

A CEF, em essência, sustenta que “nunca celebrou, nem com a construtora responsável pela obra, nem com a vendedora do imóvel e nem com a parte Recorrente, qualquer contrato onde tenha assumido responsabilidade por eventuais danos físicos ocorridos no imóvel em questão” (fl. 159); que “não pode ser responsabilizada pelos danos sofridos pelo imóvel em comento, quer os ditos danos tenham sido decorrentes de vício de construção, da má utilização do imóvel ou de acidente. Em outras palavras, qualquer que seja a origem dos danos

apresentados pelo imóvel em questão, não há como se imputar responsabilidade à *Caixa*” (fl. 159); que “só possuía a obrigação legal de vistoriar e fiscalizar a obra com o único intuito de verificar se os recursos estão sendo liberados de acordo com o cronograma físico-econômico do projeto, de modo a garantir a conclusão da obra” (fl. 161).

Sem contrarrazões, o especial foi admitido na origem como representativo da controvérsia, nos termos da Resolução n. 8/2008 do STJ (fls. 184-185), decisão corroborada pelo então Relator, e. Ministro Carlos Fernando Mathias (fl. 190).

A União veio, às fls. 243-246, requerer seu ingresso no feito como interveniente.

A CEF, às fls. 249-251, requereu a desafetação do processo, ao argumento de que a causa debatida havia sido resolvida nos moldes do art. 543-C do CPC, quando do julgamento do REsp n. 1.091.393-SC, de relatoria do e. Ministro Carlos Fernando Mathias.

A Coordenadoria da Segunda Seção informou, às fls. 259-260, que a questão versada nos presentes autos - responsabilidade solidária da CEF por vícios na construção de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação - não teria sido debatida no aludido paradigma por ausência de prequestionamento, razão pela qual indeferi o pedido de desafetação (fls. 268).

O Ministério Público Federal, mediante parecer subscrito pelo i. Subprocurador-Geral da República Henrique Fagundes Filho, opinou pelo conhecimento parcial e provimento do recurso especial (fls. 271-279).

Finalmente, a CEF peticionou, uma vez mais, requerendo a correção do despacho de afetação ao argumento de não condizer com a matéria efetivamente tratada nos autos (fl. 281).

Na assentada do dia 22.9.2010, a e. Segunda Seção entendeu por bem desafetar o presente recurso da sistemática prevista no art. 543-C do CPC.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator):

2. Do pedido da União para ingressar no feito.

A União requer a intervenção nos autos, ao argumento de eventual prejuízo econômico, já que a indenização pleiteada pelos autores, indiretamente, poderá recair sobre fundo público administrado pela CEF.

Pedido semelhante foi realizado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.091.393, e o fundamento do então Relator, e. Ministro Carlos Fernando Mathias, para deferir o ingresso do ente público, foi o seguinte:

No tocante ao pedido da União de intervenção no feito, com supedâneo no art. 5º da Lei n. 9.469/1997, em princípio, nada obstará que integrase a lide na condição de assistente.

Isto porque, a faculdade conferida pela Lei n. 9.469/1997, em seu art. 5º, sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta, processualmente não é senão uma espécie de assistência, “assistência anômala” na expressão de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, “*apud*” BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*, p. 200. Saraiva: São Paulo, 2006.).

No entanto, enfatize-se que, na presente hipótese, a Caixa Econômica Federal pretende integrar o polo passivo da lide, deslocando-se, por conseguinte, a competência para o julgamento do feito para a Justiça Federal.

Ressalte-se que, caso fosse admitida a União como assistente nesta sede processual, a consequência lógica seria também o deslocamento do feito originário para a Justiça Federal, o que, por sua vez, esvaziaria o seu próprio objeto ou, no mínimo, tornaria inócuo o julgamento proferido por esta Corte Superior no presente recurso especial, cujo objetivo mediato é o referido deslocamento.

Assim, cuidando o presente caso de julgamento com base no procedimento da Lei n. 11.672/2008 (Lei de Recursos Repetitivos) e considerando a faculdade prevista no art. 9º, I, da Resolução-STJ n. 8/2008, entendo que *deve ser autorizada a manifestação da União, tão somente no presente recurso especial, ante a relevância da matéria, sem que essa autorização implique em qualquer espécie de intervenção da mesma no feito originário* (sem grifo no original).

Com efeito, valendo-me dos mesmos fundamentos, já sufragados por este colegiado, defiro o ingresso na União apenas na fase recursal, a partir desse momento, sem prejuízo dos atos já praticados e sem que isso signifique intervenção no feito originário.

3. Do pedido de desafetação realizado pela CEF e do pedido de retificação do despacho que determinou a afetação do processo ao rito do art. 543-C do CPC.

O pedido, no particular, resta prejudicado haja vista a decisão da e. Segunda Seção em desafetar o feito.

4. Do mérito.

4.1. Saliente-se, de início, que, nesse momento processual, apenas se discute a *legitimidade* do agente financeiro para responder solidariamente por danos na obra financiada, não se afirmando, agora, em relação aos prejuízos alegados pelos autores, *que deverá a CEF*, necessariamente, arcar com o custo da reparação.

Assim, todos os requisitos da responsabilidade civil - e não se discute aqui a modalidade, se objetiva ou subjetiva - deverão ser avaliados pelo juízo quando do julgamento da causa, de sorte que se, por exemplo, os danos alegados não disserem respeito à atividade da CEF, ou seja, se não encontrarem vinculação com o suporte legal da responsabilização do agente financeiro, a questão se resolve pela ausência de nexo causal, mas não prematuramente pelo reconhecimento da alegada ilegitimidade.

De fato, a controvérsia entregue a esta Corte diz acerca da legitimidade do agente financeiro para responder por vícios na construção de imóvel construído com recursos por ele mutuados, sem envolvimento do FCVS.

4.2. O tema que ora se analisa não é novo no Superior Tribunal de Justiça, sendo que o entendimento sufragado, quase que de forma uníssona, sempre foi no sentido de ser o agente financeiro *responsável pela solidez e segurança de imóvel cuja obra fora por ele financiada*.

O caso ora em exame, guarda ainda a particularidade de tratar-se de financiamento para a construção de imóveis populares, destinados a moradores, sobretudo, de baixa renda.

Nesse sentido, transcrevo inúmeros precedentes:

Direito Processual Civil. Litisconsórcio passivo necessário. Sistema Financeiro da Habitação. Responsabilidade solidária entre seguradora e agente financeiro pelos vícios de construção do imóvel. Ação de cobrança de seguro.

1. - O entendimento predominante na jurisprudência desta Corte é no sentido de que o agente financeiro, nos contratos de mútuo submetidos ao Sistema Financeiro da Habitação, responde solidariamente com a empresa seguradora pelos vícios de construção do imóvel.

2. - A ação proposta com o objetivo de cobrar indenização do seguro adjeto ao mútuo hipotecário, em princípio, diz respeito ao mutuário e a seguradora,

unicamente. Todavia, se essa pretensão estiver fundada em vício de construção, ter-se-á hipótese de responsabilidade solidária do agente financeiro. Precedentes.

3. - A Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.091.363-SC e REsp n. 1.091.393-SC, representativos de causas repetitivas, entendeu que, nos feitos nos quais se discute a cobertura securitária dos seguros adjetos aos contratos de financiamento contraídos pelo Sistema Financeiro da Habitação, não há interesse da Caixa Econômica Federal ou da União a justificar a formação de litisconsórcio passivo com esses entes. Na ocasião ressaltou-se, porém, expressamente, a jurisprudência da Corte relativa à existência de responsabilidade solidária entre a seguradora e o agente financeiro pela solidez do imóvel. E esse vem a ser, precisamente o fundamento da decisão agravada.

4. - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 1.061.396-PE, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23.6.2009, DJe 29.6.2009).

Civil e Processual. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Agravo de instrumento. Responsabilidade do agente financeiro pelos defeitos da obra financiada.

I. A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança.

II. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 932.006-SC, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 20.11.2007, DJ 17.12.2007 p. 205).

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Aquisição de unidade habitacional mediante financiamento (SFH). Vícios da construção. Legitimidade de parte do agente financeiro. Contratos de construção e de financiamento. Interdependência. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

1. O agente financeiro é parte legítima na ação de resolução contratual proposta por mutuários em virtude de vícios constatados no edifício, dada a inequívoca interdependência entre os contratos de construção e de financiamento (cf. REsp n. 331.340-DF, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 14.3.2005).

2. A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança. Precedentes.

3. Incidência, na espécie, da Súmula n. 83-STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 683.809-SC, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 18.8.2005, DJ 5.9.2005 p. 428).

Ação de rescisão de contrato. Responsabilidade do agente financeiro pela solidez e segurança da obra. Ausências de prova dos vícios alegados. Súmula n. 7 da Corte. Precedentes.

1. Precedentes da Corte reconhecem a solidariedade do agente financeiro pela solidez e segurança de obra sob o regime do Sistema Financeiro da Habitação.

2. Afastando as instâncias ordinárias as alegações dos autores, diante da ausência de prova, não é possível enfrentar o tema de mérito nesta instância nos termos da Súmula n. 7 da Corte.

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

(REsp n. 579.464-DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 14.12.2004, DJ 11.4.2005 p. 289).

Promessa de venda e compra. Aquisição de unidade habitacional mediante financiamento (SFH). Vícios da construção. Legitimidade de parte do agente financeiro. Contratos de construção e de financiamento. Interdependência.

- O agente financeiro é parte legítima na ação de resolução contratual proposta por mutuários em virtude de vícios constatados no edifício, dada a inequívoca interdependência entre os contratos de construção e de financiamento.

- "A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança" (REsp n. 51.169-RS e n. 647.372-SC).

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 331.340-DF, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 2.12.2004, DJ 14.3.2005 p. 340).

Sistema Financeiro da Habitação. Caixa Econômica Federal. Credora hipotecária. Legitimidade passiva.

A CEF, como autora do financiamento para aquisição de casa própria no SFH e credora hipotecária, é parte passiva legitimada à ação redibitória promovida pelo adquirente e devedor do mútuo.

Recurso conhecido em parte e provido.

(REsp n. 289.155-RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 5.4.2001, DJ 4.6.2001 p. 160).

Civil. Responsabilidade do agente financeiro pelos defeitos da obra financiada. A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança. Recurso especial conhecido, mas improvido.

(REsp n. 51.169-RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 9.12.1999, DJ 28.2.2000 p. 76).

Colho, ainda, as seguintes decisões monocráticas: Ag n. 1.265.951-SP, rel. Ministra *Nancy Andrighi*, Ag n. 1.193.580-PB, rel. Ministro *Massami Uyeda*, Ag n. 759.324-SP, rel. Ministro *Vasco Della Giustina*, REsp n. 1.092.123-SC, rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, e REsp n. 1.065.290-RJ, rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*.

O e. Ministro Sidnei Beneti, no AgRg no Ag n. 1.061.396-PE, bem delineou a jurisprudência que de sempre está traçada neste Tribunal:

11. - No julgamento do REsp n. 647.372-SC, Rel. Min. *Menezes Direito*, DJ 1º.2.2005, e também no dos embargos de declaração que se sucederam, a Terceira Turma insinuou a possibilidade de se fazer uma distinção entre as ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de vícios de construção e as ações de simples cobrança de seguro. De acordo com essa orientação, apenas nas ações indenizatórias, em princípio, seria possível admitir responsabilidade solidária do agente financeiro.

12. - A tendência anunciada nesses dois últimos julgados, ao que tudo indica, porém, não se confirmou. Da mesma forma, a orientação consignada no AgRg no REsp n. 811.069-PR, Rel. Min. *Humberto Gomes de Barros*, DJ 12.12.2007, não se reproduziu de forma sistemática em outros julgados da Corte.

13. - Com efeito, é possível afirmar que a orientação prevalente na jurisprudência deste Tribunal é aquela que afirma a existência de responsabilidade solidária do agente financeiro sempre que se tratar de ação fundada em vício de construção do imóvel, quer se trate de ação de cobrança de seguro, quer se trate de ação de indenização. Nesse sentido se posicionou, aliás, a decisão agravada (sem grifo no original).

4.3. Somente quando do julgamento do REsp n. 950.522-PR, de 18.8.2009, de minha relatoria, a e. Quarta Turma sinalizou modificação de entendimento, ao proclamar que “a Caixa Econômica Federal não é parte legítima para figurar no pólo passivo de demanda redibitória, não respondendo por vícios na construção de imóvel financiado com recursos do Sistema Financeiro da Habitação”, ponto em relação ao qual fiquei vencido.

Encabeçaram a divergência os e. Ministros Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha, os quais, ainda que reconhecendo a jurisprudência firmada nas Turmas de Direito Privado, filiaram-se à tese oposta.

O e. Ministro Aldir Passarinho Junior, fazendo a ressalva de que em alguns casos a CEF atual como agente promotor, nos quais esta teria responsabilidade maior, asseverou o seguinte:

O que me preocupa é que, efetivamente, haja responsabilidade da CEF em relação a unidades que podem ter sido quitadas.

Ela até exerce fiscalização da obra para efeito de liberação, mas a corresponsabilidade solidária da CEF como ré é que tenho como injustificada, apesar da jurisprudência até aqui consolidada.

V. Exa. lembrou um aspecto importante. É que, de acordo com a nossa jurisprudência, se houver liberação dos valores, e a construtora atrasar ou não adimplir, a fiscalização que a Caixa Econômica Federal deveria exercer, se for falha, vai em seu próprio prejuízo, porque a hipoteca dela, como lembrou o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, não vincula o adquirente da unidade. Além disso, ela tem a hipoteca sobre as unidades restantes ou não vendidas diminuída em seu valor, em função do vício existente na construção. Com base nisso, em vez de interveniente - que eu admitiria, mas para estar ao lado do mutuário, a fim de exigir o cumprimento da obra pela construtora -, ela vira ré, e com isso termina por, em seu próprio desfavor, dar cobertura para a grande inadimplente, que é a construtora. Esta é a consequência de se atribuir a corresponsabilidade à CEF, o que tenho por equivocado.

(...)

Sr. Presidente, gostaria de acrescentar que faço a ressalva e acompanho o voto do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, tendo em vista, especificamente, a natureza do empreendimento, porque há certos casos em que a CEF também atua como agente promotor, além de meramente financeiro, e, aí, ela terá uma responsabilidade maior, notadamente em empreendimentos de baixa renda, de caráter social.

Em direção análoga, foi o voto do e. Ministro João Otávio de Noronha.

4.4. Depois de muito refletir acerca do tema, peço *venia* aos que entendem de forma diversa, mas me filio à jurisprudência consolidada no âmbito de ambas as Turmas de Direito Privado - sobretudo em hipóteses como a ora examinada, em que *o empreendimento em questão é de natureza popular, destinado a mutuários de baixa renda*. E assim o faço tomando de empréstimo, sobretudo, os judiciosos fundamentos proferidos pelos Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito, saudoso, quando do julgamento do REsp n. 51.169-RS, *Terceira Turma*.

Primeiramente, a tese da CEF no sentido de que nunca celebrou, com quem quer que seja, qualquer contrato de sorte a assumir os riscos por eventuais danos físicos ocorridos no imóvel, em realidade, é mera abstração e não reflete, com exatidão, a realidade dos negócios jurídicos desse jaez.

Tendo em vista que o agente financeiro se apresenta como instituição financiadora da obra e que, ordinariamente - e não há notícia nos autos de que

aqui ocorrerá prática diversa -, recebe por endosso os títulos assinados pelos compradores à então vendedora/construtora, à evidência, não se deve analisar, de forma estanque, os contratos de compra e venda do imóvel e o de financiamento imobiliário.

Em realidade, cuida-se de contratos mistos, daqueles em que são identificadas várias espécie de negócios jurídicos em uma mesma avença, ou, quando muito, de contratos coligados, nos quais se entrelaçam, em uma mesma situação negocial, diversos instrumentos funcionamente interligados (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume III*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 92).

Nesse sentido, é o voto do e. relator, no REsp n. 51.169-RS, Ministro Ari Pargendler, paradigma do tema, o qual, citando acórdão de lavra do então Desembargador Araken de Assis, assevera que “(...) conquanto seja possível isolar cada elemento em particular, as operações básicas da construção e do financiamento não admitem cisão, porque perderam a autonomia e simetria completa com a tipologia usual. Elas se fundiram, sem prejuízo de certas variações, num tipo novo: o ‘*negócio de aquisição da casa própria*’”.

Nessa direção, concluiu o e. relator que “a solidariedade do agente financeiro decorre do próprio negócio - um só, e não dois - o qual foi ajustado como ‘negócio de aquisição da casa própria’, pressuposta a observância das normas do Sistema Financeiro da Habitação, algumas já explicitadas na Resolução n. 31, de 1968, do Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação (...)”.

Por outro lado - asseverou o então Desembargador Araken de Assis -, “o financiador controla o empreendimento desde seu início, fiscalizando o curso das obras, e, inclusive, cobra certa comissão para tal fim”, prosseguindo por citar a Circular n. 22/84 do extinto Banco Nacional da Habitação - de quem é sucessora a CEF -, que assim dispõe:

A ocorrência de vícios de construção de imóveis financiados pelo SFH vem, não somente comprometendo a garantia das operações do Sistema, constituída pelo próprio bem produzido, mas ainda afetando o patrimônio do mutuário final.

Considerando a responsabilidade dos Agentes Financeiros do SBPE de zelar pela correta aplicação dos recursos sob sua gestão, vimos lembrar que a ocorrência de vício de construção em imóvel objeto de aplicação de recursos do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) quando resultar de ação ou omissão de Sociedade de Crédito Imobiliário (SCI), Associação de Poupança e Empréstimo (APE) ou Caixa Econômica (CE) na análise dos projetos ou documentos complementares e/ou na

fiscalização das obras e serviços respectivos, constitui infração prevista no art. 8º, alínea **a** da R/BNH - 51-80, e, como tal, sujeita o infrator às penalidades cominadas na mesma Resolução, além de poder vir a gerar para o mesmo a obrigação de, em prazo determinado pelo BNH, promover, às suas próprias expensas, os reparos necessários à regularização da situação do imóvel afetado, cabendo-lhe o direito de agir regressivamente contra o construtor responsável pela obra.

4.5. Nessa linha, o dever do agente financeiro de fiscalizar o andamento e a qualidade da obra por ele financiada - sem a qual não há a liberação dos recursos financeiros programados, é importante sempre ressaltar - decorre das próprias normas emitidas pelos órgãos reguladores, de que é exemplo a Resolução n. 31, de 28.11.1968, do Conselho de Administração do BNH, a quem cabia estabelecer normas gerais e específicas “que facultem uma perfeita ação integrada de todos os órgãos competentes do Sistema Financeiro da Habitação, com a finalidade de aumentar a segurança das aplicações e dos adquirentes de habitações”.

No item 20 da citada resolução - assevera o e. Ministro Ari Pargendler -, consta a seguinte orientação:

No sentido de acompanhar a execução do projeto ou dos projetos, em cada um dos financiamentos ou refinanciamentos, zelando e fiscalizando a aplicação do capital mutuado, o agente financeiro designará um Engenheiro ou Arquiteto (ou firma de Engenheiro ou Arquiteto), a quem caberá:

(...)

c) verificar se as obras, então financiadas, obedecem ao projeto ou projetos, memorial descritivo, orçamentos e demais documentos apresentados com sua proposta de financiamento, inclusive pela aplicação de materiais inferiores aos descritos;

d) verificar o andamento das obras, de acordo com os cronogramas, e visar os cheques emitidos para liberação das parcelas do financiamento ou refinanciamento, podendo recusar o seu visto quando a quantia a ser levantada não corresponder ao valor das obras executadas de acordo com os respectivos projetos;

(...)

E arremata o e. relator asseverando que:

(...) embora a afirmativa da alínea **g** de que a vistoria nenhuma responsabilidade traz “pelas obras ou sua fiscalização”, é certo que a liberação de qualquer parcela implica o reconhecimento da regularidade na execução da obra, inclusive quanto

à aplicação dos materiais com a qualidade prevista no projeto (...). Em suma, a solidariedade entre os que participam do empreendimento é, até, condição para o efetivo resgate dos empréstimos, porque o comprometimento dos agentes financeiros induzirá o financiamento só de unidades residenciais sólidas e seguras - coibindo a realidade de construções mal feitas que fazem evaporar as garantias hipotecárias.

Tais disposições são, quase que *ipsis literis*, repetidas na Resolução n. 171/82 do BNH, inclusive transcrita nas razões do recorrente.

4.6. Cumpre salientar, ademais, os traços peculiares do Sistema Financeiro da Habitação, pois não é dado ao julgador, para solução de litígios dessa envergadura, desconsiderar a sua função social.

É notório o fato de que o SFH surgiu em um momento histórico de exceção no Brasil, implementado na primeira década do regime militar, de certo modo, ainda sob o influxo do ânimo internacional de reconstrução econômica dos efeitos erosivos causados pela Segunda Grande Guerra.

Nada obstante, o escopo social-distributivo do Sistema é vicejante e está permeado em toda a Lei n. 4.380/1964.

O art. 1º do mencionado diploma proclama que o governo formulará políticas públicas de habitação, “*orientando a iniciativa privada* no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda”. Também é notável o comando do art. 3º, no sentido de que “será estimulada a *coordenação dos esforços*, na mesma área ou local, dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, *bem como das iniciativas privadas, de modo que se obtenha a concentração e melhor utilização dos recursos disponíveis*”. O art. 8º, por seu turno, dispõe que “o Sistema Financeiro da Habitação, *destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia*, especialmente pelas classes de menor renda da população, será integrado”, além de órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, por instituições financeiras particulares, inclusive comerciais (sem grifo no original).

Nesse passo, resta claro que os meios - ou seja, os financiamentos concedidos pelas instituições financeiras operantes - devem, necessariamente, estar atrelados às destinações sociais do SFH, dentre as quais se destaca a promoção e a facilitação de aquisição da casa própria por pessoas de baixa renda.

Com efeito, quando uma instituição financeira ingressa no sistema, não o faz como mero banco comercial, mas, ao reverso, como partícipe e operador de

um “todo” com destinação social predeterminada, razão pela qual os seus atos devem também ser consentâneos a esses fins sociais.

Colho, no particular, o lapidar magistério, merecedor de destaque, do saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em voto proferido no paradigmático REsp n. 51.169-RS, bem diferenciando os contratos celebrados no âmbito do SFH daqueles outros meramente comerciais, como, por exemplo, os realizados por carteira hipotecária:

Nos contratos pelo Sistema Financeiro da Habitação a situação é completamente diversa. Primeiro, existe uma participação incentivada do Poder Público, responsável pelo funcionamento dos programas de habitações populares; segundo, o agente financeiro entra como delegado do órgão central que gerencia o Sistema Financeiro da Habitação, pelo seu órgão central; terceiro, nessa condição o agente financeiro compromete-se a obedecer as regras do Sistema Financeiro da Habitação, ou seja, ele participa como agente descentralizado do órgão público gestor do Sistema; quarto, as regras emanadas do órgão gestor garantem a credibilidade das operações, particularmente considerado o interesse público envolvido no negócio de aquisição de casas pela população de baixa renda.

Deveras, os agentes financeiros também são conclamados a participar da consecução dessa finalidade nobre de facilitação da aquisição da casa própria, de sorte que, se por um lado a fiscalização da construção do empreendimento dá força e garantia ao sistema, por outro lado – do ponto de vista do mutuário, que é, em primeira análise, o destinatário final de todo o escopo do SFH –, tal providência restaria esvaziada caso o agente financeiro não fosse corresponsável por eventuais vícios na construção do imóvel.

Vale dizer, a fiscalização exercida, por força de lei, pelo agente financeiro – e, em contrapartida, sua consequente responsabilização –, a um só tempo, fortalece o sistema em prol do mutuário e também das garantias exigidas da construtora, em razão do que, se a instituição financeira escolheu mal a quem financiar, ou não fiscalizou adequadamente a obra, é justo que o risco de surgimento de vícios na construção recaia sobre ela, não se mostrando razoável – na verdade, contrário ao comando constitucional de proteção ao consumidor – que o comprador arque, sozinho, com eventual prejuízo.

Não se trata, em verdade, de solidariedade presumida – como precisamente salientou o e. Ministro Menezes Direito –, mas de “solidariedade decorrente do negócio como um todo, participando o agente financeiro com uma

função diversa daquela que normalmente teria se o contrato não estivesse sob a cobertura do Sistema Financeiro da Habitação”. Entender de forma diversa “seria autorizar a oportunidade de todo tipo de manobra financeira, considerando que os financiamentos destinam-se aos estratos de menor renda e, portanto, poderiam ser abastecidos com material de qualidade inferior a que foi programada, em contrariedade ao memorial descritivo, tudo passando ao largo da responsabilidade fiscalizadora dos agentes financeiros, que, como visto, em tais casos, não têm, apenas, a função de repasse dos recursos, mas, também, a de fiscalização, o que quer dizer, a do acompanhamento para que a liberação dos recursos seja feita em obediência aos termos do contrato. Se não a realiza como deveria, dúvida não pode haver sobre a sua responsabilidade”.

4.7. Em consulta recente ao sítio eletrônico da ré, confirma-se a assertiva do e. Ministro Aldir Passarinho Junior, no sentido de que, no âmbito de financiamentos para moradias populares - *como no caso dos autos* -, a CEF atua de modo diferenciado, a um só tempo administrando os recursos oriundos do FGTS para o repasse a outros agentes financeiros participantes do SFH, fiscalizando o correr da obra financiada e, ainda, promovendo a aquisição da casa própria juntamente com outros operadores, como Estados e Municípios, concretizando, de fato, o escopo do SFH.

Somente a título de exemplo, está em vigência o chamado “*Manual de Fomento*” da CEF para o programa “*Pró-Moradia*”, cujo objetivo é “oferecer acesso à moradia adequada à população em situação de vulnerabilidade social e com rendimento familiar mensal preponderante de até R\$ 1.395,00 (um mil e trezentos e noventa e cinco reais), por intermédio de financiamento a Estados, Municípios, Distrito Federal ou órgãos das respectivas administrações direta ou indireta”.

No caso, a CEF atua como “Agente Operador do FGTS” e “Agente Técnico-Operacional”, exercendo, na última hipótese, dentre outras, as seguintes atribuições:

a) estruturar operações de crédito quanto a:

(...)

- análise técnica de engenharia;

(...)

b) acompanhar e controlar a execução física e financeira do objeto contratado na fase de desembolso dos recursos;

c) acompanhar e controlar a execução do projeto de trabalho social, na forma exigida pela modalidade prevista no programa;

d) verificar, na periodicidade exigida, a documentação referente ao pedido de desembolso, elaborando os relatórios necessários para efetivação da liberação;

(...)

f) emitir relatório final de execução do empreendimento, para fins de liberação da última parcela do contrato de financiamento (Disponível no site <http://www1.caixa.gov.br/download/index.asp#>).

No capítulo IV do mesmo manual, no item “*Procedimentos Operacionais*”, fica clara também a participação do operador do FGTS nos contratos de financiamento da casa própria naquele programa:

1 Introdução

Nas Operações de Crédito no âmbito do Pró-Moradia, contratadas e a contratar entre o Agente Operador e o agente financeiro, e nos Contratos de Financiamento vinculados ao respectivo Contrato de Empréstimo, devem ser observados, no mínimo, os aspectos a seguir.

2 Análise técnica de engenharia

2.1 Conceitos básicos:

2.1.1 Estudo de Concepção É o estudo de arranjos, sob o ponto de vista qualitativo e quantitativo, dos diferentes aspectos e partes de um projeto, organizados de modo a formarem um todo integrado para a escolha da concepção básica, isto é, a melhor situação sob os aspectos técnicos de engenharia, econômico-financeiro e social.

(...)

4.1 Análise do empreendimento

4.1.1 Oportunidade das obras/serviços

Com base nos elementos fornecidos que caracterizam o empreendimento e a realidade local, o agente financeiro, após a verificação “*in loco*”, deve manifestar-se sobre a real necessidade e oportunidade do empreendimento, bem como o impacto resultante de sua intervenção na comunidade, no meio urbano e no meio ambiente, assim como o atendimento ao Plano Diretor local, se couber.

4.1.2 Terreno

Devem ser observadas as características físico-locacionais da área objeto de intervenção, tais como o acesso, o transporte, os equipamentos comunitários e os serviços, realizando, ainda, a vistoria e a elaboração do Laudo de Avaliação, quando o mesmo for incidente no valor do investimento.

4.2 Análise do(s) projeto(s)

4.2.1 Deve ser verificada a solução adotada para o empreendimento, quanto à sua funcionalidade, compatibilidade entre os custos, prazos de execução, aspectos arquitetônicos, metodologia, tecnologia construtiva, especificações, cronogramas, os quantitativos das obras e serviços, materiais e equipamentos previstos, além das soluções adotadas para a infra-estrutura e a integração aos sistemas existentes, atentando para a legislação ambiental.

4.2.1.1 Os custos unitários dos serviços, materiais e equipamentos devem ser analisados, preferencialmente, tomando-se como referência os preços fornecidos pelo Sinapi, podendo, alternativamente, ser utilizada outra fonte de referência, desde que publicada por entidade oficial e/ou de notória capacitação técnica.

4.2.2 Deve ser verificada, também, a inexistência de indefinições ou condicionantes que possam vir a alterar os objetivos, custos, prazos ou forma de execução do empreendimento ou atrasar o início da execução das obras, pela sua imponderabilidade.

4.2.3 O cronograma físico-financeiro deve ser analisado, observando:

- a) a compatibilidade da programação de execução das obras e da aquisição de materiais e equipamentos com os itens definidos e adequadamente detalhados, possibilitando um acompanhamento seguro do empreendimento;
- b) a adequação do prazo entre a contratação e o primeiro desembolso com as providências que devem ser tomadas pelo mutuário/agente promotor nesse período (licitação, elaboração de projeto executivo, contratação das obras/serviços e do fornecimento de materiais/equipamentos, etc.) (*Idem*).

Percebe-se, com efeito, que a fiscalização da CEF - ainda quando não impulsiona a obra como agente financiador, mas como mera gestora do FGTS - não se resume simplesmente à verificação do cumprimento de cronogramas, mas sobretudo exerce fiscalização técnica, relativa à engenharia e à arquitetura do empreendimento financiado.

Disposições semelhantes podem ser observadas também nos seguintes manuais: “*Manual de Fomento Pessoa Jurídica*”, “*Manual de Fomento Pessoa Física - Carta de Crédito Individual*” e “*Manual de Fomento - Credenciamento, Cadastramento e Habilitação de Agentes*”.

4.8. Ademais, a compra de casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação caracteriza, desenganadamente, uma relação de consumo.

De fato, nessa linha de raciocínio, é de se perceber que o Código de Defesa do Consumidor é pautado pela solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços.

Tal vontade legislativa - a qual, a bem da verdade, apenas corporifica o propósito constitucional de uma ordem econômica protetiva do consumidor - pode ser verificada em diversas passagens, a exemplo do que dispõe o § único do art. 7º, art. 18, *caput*, art. 19, *caput*, art. 25, § 1º, art. 28, § 3º, e art. 34, todos do Estatuto Consumerista.

Em relação ao art. 34, por exemplo, é elucidativo o magistério da Professora Cláudia Lima Marques, para quem o Código de Defesa do Consumidor:

inova ao visualizar uma cadeia de fornecimento solidariamente responsável (todos e cada um por todos) entre o preposto (com vínculo trabalhista) ou o representante autônomo (sem vínculo trabalhista) e o fornecedor principal de produtos e serviço, ou organizador da cadeia de fornecimento de produtos e serviços. *O CDC impõe a solidariedade mesmo àqueles que teoricamente são independentes, tendo em vista o fim comum, que é fornecer o produto e o serviço.* (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 510).

Por outro lado, é bem de ver que a participação do agente financeiro na construção do empreendimento - mormente quando se trata de sólida instituição, como é o caso da CEF - afigura-se, à ótica do consumidor, hipossuficiente por essência, como uma *parceria* com a construtora/incorporadora, reforçando a confiança depositada pelo comprador na solidez e segurança do imóvel.

Ao celebrar um contrato de compra e venda de imóvel, cuja obra ostenta a marca de sólida instituição como sendo a financiadora do empreendimento, o consumidor crê, deveras, no entrelaçamento obrigacional entre a construtora e o agente financiador da obra, e essa aparência de garantia, essa legítima expectativa, com a qual concorreu e dela se beneficiou a instituição financeira, em nome do princípio da boa-fé, deve ser tutelada.

Orlando Gomes, no distante ano de 1967, ao comentar a tutela da aparência e o princípio da boa-fé, assim se posicionou:

Em todos esses casos, aparece como verdadeiro um fenômeno que não é real. O parecer sem ser põe em jogo relevantes interesses que a lei não pode ignorar.

(...)

O reconhecimento de efeitos jurídicos a situações aparentes pode justificar-se doutrinariamente pela aplicação do princípio que protege a boa-fé, ou mediante construções jurídicas particulares com a teoria da tutela de expectativa ou da posse de direitos.

(...)

Importa, por outras palavras, que o cumprimento desse ato seja normal em relação à atividade exercida pelo procurador, nessa qualidade. A boa-fé do terceiro precisa estar respaldada pela normalidade do ato, aferida pela prática da atividade profissional que exerce. Se é, por exemplo, um agente distribuidor e o comitente limita os poderes geralmente concedidos a tais profissionais, a prática de um ato proibido, mas geralmente aceito como próprio da atividade desses comerciantes não despertará em terceiros desconfiança, podendo, por sua normalidade, levá-lo a uma relação jurídica que, devido à aparência, deve produzir os seus devidos efeitos sem embargo do excesso cometido pelo agente. *(As transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: RT, 1967, p. 93-108).*

Não poderia mesmo o consumidor sequer supor que, em casos de vícios de construção do imóvel, o agente financeiro se esquivaria da reparação pleiteada.

4.9. No caso concreto, reforça a tese da legitimidade da CEF o seu próprio comportamento junto aos autores. Noticiam os autos que, em diversas oportunidades, a CEF enviou ao condomínio correspondências para acertar os detalhes da obra reparadora e a desocupação do imóvel sinistrado, sendo informado nesta ocasião que o pedido de ressarcimento das despesas de desocupação seria encaminhado à matriz para a apreciação (fl. 18). Ademais, a CEF, juntamente com a Caixa Seguradora, e em igualdade de posição, participou de audiências no Ministério Público Estadual para discutir as providências necessárias à reforma do imóvel, circunstâncias estas que patenteiam a legítima expectativa dos autores de que a CEF era corresponsável pelos danos de construção.

Finalmente, é importante salientar que, com o escopo de proteger o consumidor de boa-fé, esta Corte, em diversas oportunidades, reconheceu a responsabilidade de empresas do mesmo grupo econômico, notadamente a controladora, pelos danos causados aos que com elas contratam, nos exatos termos dos precedentes ora listados:

Processual Civil. Recurso especial. Revisão de cláusulas contratuais. Legitimidade. Banco líder de conglomerado financeiro.

- O banco líder de conglomerado financeiro é parte legítima para responder à ação de revisão de cláusulas de contrato de mútuo feneratício, realizado em suas instalações, com pessoa jurídica diversa, mas integrante do mesmo grupo econômico. Aplicação da teoria da aparência.

Recurso especial provido.

(REsp n. 879.113-DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 1º.9.2009, DJe 11.9.2009).

Contrato de seguro de vida em grupo. Legitimidade passiva da instituição financeira pertencente ao mesmo grupo econômico da seguradora. Atraso no pagamento do prêmio. Cancelamento automático do contrato. Impossibilidade. Necessidade de interpelação do segurado para constituí-lo em mora.

I - Detém legitimidade passiva para responder à ação de cobrança proposta pelos beneficiários do segurado, o banco líder do grupo econômico a que pertence a companhia seguradora, já que se utilizou de sua logomarca, do seu prestígio e de suas instalações, além de seus próprios empregados, para a celebração do contrato de seguro.

Precedentes.

(...)

(REsp n. 434.865-RO, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 13.9.2005, DJ 10.10.2005 p. 355).

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).

Responsabilidade civil. Dano moral. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Cobrança de anuidade e encargos de cartão de crédito já cancelado. Legitimidade passiva. Prova do dano. *Quantum* indenizatório. Redução.

– Pertencendo a empresa administradora do cartão de crédito ao mesmo grupo econômico do réu, este tem legitimidade passiva *ad causam* para responder por dano moral causado à contratante. Precedentes.

(...)

(REsp n. 775.766-PR, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 7.2.2006, DJ 20.3.2006 p. 300).

Também no mesmo sentido o AgRg no REsp n. 969.071-MG, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, julgado em 12.8.2008.

5. A celeuma se instalou apenas no ponto relativo à *legitimidade* do agente financeiro, por isso que descabe, nesse momento, como dito alhures, qualquer

digressão acerca da natureza dos danos dos quais se pretende reparação, tampouco se são diretos, indiretos ou, ainda, se está presente o indispensável nexos causal entre a conduta da ré o prejuízo noticiado pelos autores, bem como os outros pressupostos da responsabilização civil.

Também no que concerne à preocupação lançada pelo e. Ministro Aldir Passarinho Junior, no REsp n. 950.522-PR, de não beneficiar empreendimentos já quitados, cabe ressaltar que a discussão é meritória, sendo prematuro agitar-se a celeuma no caso concreto. Certamente, o alcance da responsabilidade dos réus, tanto da CEF quanto da Caixa Seguradora, será oportunamente analisado quando do julgamento do mérito.

Assim, mantida a legitimidade da CEF, o recurso é de ser denegado.

6. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Cuida-se de recurso especial interposto pela *Caixa Econômica Federal*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do art. 105, III da CF, contra acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

Agravo de instrumento. Administrativo. SFH. Risco de desabamento. Desocupação forçada. Arbitramento de aluguel e demais despesas. Responsabilização da CEF e da seguradora. Medida emergencial.

- Insurge-se a CEF em face de decisão que deferiu parcialmente a antecipação de tutela requerida no sentido de atribuir-lhe a responsabilidade solidária com a Caixa Seguros, para que as mesmas depositem em juízo (50% para cada qual) as despesas necessárias à desocupação das unidades residenciais, desde janeiro de 2005, além do pagamento das despesas de permanência nos imóveis alugados, inclusive a quantia mensal de até R\$ 500,00 (quinhentos reais) por apartamento, a título de aluguel, enquanto perdurar a reforma do prédio.

- A responsabilidade solidária em relação às despesas desembolsadas pelo mutuário, em virtude da desocupação forçada, trata-se de uma medida emergencial, em face do risco de desabamento do imóvel. Assim, mesmo que não haja previsão contratual acerca dessas despesas, deve-se custear uma alternativa habitacional compatível durante as obras de recuperação, é, no mínimo, o que se pode esperar para a preservação da integridade física dos seus ocupantes.

- Ademais, mesmo que haja previsão contratual por parte da Seguradora - Caixa Seguros - em custear os encargos do financiamento durante o período de

desocupação, não constitui *bis in idem* o pagamento de aluguel por parte da CEF, haja vista que os mutuários dos apartamentos interditados não deram causa ao fato que ensejou tal responsabilização, portanto, devem ser compensados pelos transtornos sofridos.

- A reforma do imóvel já está em curso, sendo realizada às expensas da seguradora, de modo a reconhecer o comprometimento da construção financiada pela Caixa Econômica Federal.

- Agravo de instrumento improvido e agravo regimental prejudicado.

Alega a recorrente que a cobertura securitária compete apenas à seguradora e que não tem, na qualidade de agente financeiro, responsabilidade alguma sobre vícios de construção no imóvel financiado. Nesse sentido, aponta divergência jurisprudencial, bem como violação ao art. 265 e 186 do Código Civil, defendendo a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda.

Não houve apresentação de contrarrazões pelos recorridos.

Na assentada do dia 22.9.2010, a Segunda Seção decidiu desafetar o feito do rito previsto no art. 543-C do CPC.

O recurso foi levado à julgamento na sessão do dia 5.10.2010, onde foi proferido voto pelo Ministro relator no sentido de negar provimento ao recurso, considerando ser a CEF parte legítima para integrar o pólo passivo da ação juntamente com a seguradora.

Ultrapassadas as questões relativas ao ingresso da União apenas na fase de recurso, sem prejuízo dos atos já praticados, o Ministro relator fundamentou o seu voto, em suma, nas seguintes premissas:

i) Nesse momento processual, apenas se discute a legitimidade do agente financeiro para responder solidariamente por danos na obra financiada, sem adentrar o tema de mérito acerca da procedência do pedido de responsabilização da CEF pelos danos que se discutem na ação;

ii) A jurisprudência predominante do STJ orienta-se no sentido de que o agente financeiro é responsável pela solidez e segurança de imóvel cuja obra fora por ele financiada, guardando o caso em exame a particularidade de tratar-se de financiamento para a construção de imóveis populares, destinado a moradores de baixa renda.

iii) As operações básicas da construção e do financiamento não admitem cisão, porque perderam a autonomia e a simetria completa com a tipologia usual, resultando em um tipo novo de negócio, denominado de “negócio de aquisição

da casa própria”. Nesse sentido, a solidariedade do agente financeiro decorreria do próprio negócio, embora não haja cláusula expressa nesse sentido.

iv) O agente financeiro controla o empreendimento desde o início, fiscalizando o curso das obras, inclusive a sua qualidade, sem a qual não há a liberação de recursos, conforme estabelece a Res. n. 31, de 28.11.1968, do Conselho de Administração do BNH. Assim, a solidariedade entre os que participam do empreendimento seria condição para o efetivo resgate dos empréstimos.

v) O Sistema Financeiro da Habitação possui evidente escopo social-distributivo e, nesse sentido, quando uma instituição financeira ingressa no sistema, não o faz como mero banco comercial, mas como partícipe e operador desse sistema, com uma destinação social predeterminada. Nesse sentido, tal providência seria esvaziada caso o agente financeiro não fosse corresponsável por eventuais vícios na construção do imóvel e, por mais esse motivo, revela-se que a solidariedade decorreria do negócio como um todo.

vi) No âmbito de financiamento de moradias populares, a CEF atua de modo diferenciado, a um só tempo administrando recursos do FGTS para repasse a outros agentes financeiros participantes do SFH, fiscalizando o correr da obra financiada e, ainda, promovendo a aquisição da casa própria juntamente com outros operadores. Além disso, a fiscalização da CEF é técnica, relativa à engenharia e arquitetura do empreendimento financiado.

vii) A compra de casa própria pelo SFH caracteriza uma relação de consumo regulada pelo CDC, que impõe a solidariedade mesmo àqueles que teoricamente são independentes, tendo em vista o fim comum, que é fornecer o produto e o serviço. Os mutuários seriam, assim, hipossuficientes por essência. No caso concreto, reforça essa tese o próprio comportamento da CEF junto aos autores, dado que, em diversas oportunidades, enviou correspondências e participou de reuniões relativas às providências necessárias à reforma do imóvel.

Assevera, ainda, que esta Corte por diversas vezes reconheceu a responsabilidade de empresas do mesmo grupo econômico pelos danos causados aos que com elas contratam.

O voto foi acompanhado pelo Ministro Raul Araújo, notadamente pelo fundamento de que o empreendimento em questão tem contornos de relevância social.

Diante da complexidade do tema, pedi vista dos autos para melhor exame acerca das diferentes circunstâncias em que a CEF concede financiamentos habitacionais e a natureza e extensão de suas obrigações contratuais em cada tipo de financiamento.

O voto do eminente Relator, Ministro Luís Felipe Salomão, também levando em consideração o caráter social do SFH, entre outros fundamentos, afirma a legitimidade passiva *ad causam* do agente financeiro, em demandas do gênero, notadamente em se tratando de construção de moradia para a população de baixa renda.

Conforme acentuado pelo Relator, está em julgamento apenas a legitimidade passiva da CEF, na condição de agente financeiro, e não o mérito do pedido. O recurso especial foi tirado de acórdão que decidiu questão interlocutória.

Não se pode deixar de ter presente, todavia, que a legitimidade *ad causam* é definida em função de elementos fornecidos pelo direito material. A propósito, é esclarecedora a lição de ARRUDA ALVIM:

Mas, devemos ter presente que a legitimidade *ad causam*, uma das condições da ação, se não integra os fundamentos da demanda, partindo do direito substancial, é definida em função de elementos fornecidos pelo direito material (apesar de ser dele, existencialmente, desligada). A *legitimatatio ad causam* é a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídicos-processuais e materiais da sentença. Normalmente, a legitimação para a causa é do possível titular do direito material (art. 6º).

A legitimidade é idéia transitiva, isto é, alguém é legítimo em função de outrem; vale dizer, o perfil final da legitimidade exige a consideração do outro. Essa realidade pode, muitas vezes, passar despercebida, mas é verdadeira. Assim, o proprietário, que sofreu esbulho, será parte legítima ativa em fase de quem, efetivamente, esbulhou; o marido em relação à mulher, e vice-versa, para solicitar separação; o credor em relação ao seu devedor (e, não, por hipótese, em relação à sociedade de que faça parte o devedor), e assim, sucessivamente.

O que é necessário ter presente, todavia, é que as condições da ação são requisitos de ordem processual, *lato sensu*, intrinsecamente instrumentais e operam, em última análise, para se verificar se o direito de ação existe ou não. Não encerram, em si, bem-fim; são requisitos-meio para, admitida a ação, ser julgado o seu mérito (...). (Manual de Direito Processual Civil, RT, 5ª edição, Volume I, p. 349-350).

Cumpre, portanto, verificar, das alegações do autor na inicial, quais os sujeitos da relação de direito material descrita como causa de pedir.

Antes, todavia, permito-me transcrever parte de voto que proferi no REsp n. 738.071-SC, também julgado na presente assentada, a propósito da responsabilidade civil do agente financeiro em causas em que se postula ressarcimento por vício de construção:

Penso que a questão da legitimidade passiva da CEF merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua ação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas, na concessão de financiamentos com recursos do SBPE (alta renda) e do FGTS (média e alta renda), (2) ou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

Nas hipóteses em que a CEF atua meramente como agente financeiro em sentido estrito, não vejo, via de regra, como atribuir-lhe, sequer em tese - o que seria necessário para o reconhecimento da legitimidade passiva *ad causam* - responsabilidade por eventual defeito de construção da obra financiada.

Há hipóteses em que o financiamento é concedido ao adquirente do imóvel após o término da construção, sendo o imóvel novo ou usado. Em outras, o financiamento é concedido à construtora ou diretamente ao adquirente durante a construção. Em outros casos, é o próprio mutuário quem realiza a construção ou reforma.

Não considero que a mera circunstância de o contrato de financiamento ser celebrado durante a construção, ou no mesmo instrumento do contrato de compra e venda firmado com o vendedor, implique a responsabilidade do agente financeiro pela solidez e perfeição da obra.

A instituição financeira só tem responsabilidade pelo cumprimento das obrigações que assume para com o mutuário referentes ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, a liberação do empréstimo, nas épocas acordadas, e com a cobrança dos encargos também estipulados no contrato.

Figurando ela apenas como financiadora, não tem responsabilidade sobre a perfeição do trabalho realizado pela construtora escolhida pelo mutuário, e nem responde pela exatidão dos cálculos e projetos feitos por profissionais não contratados e nem remunerados pelo agente financeiro.

Observo que impor aos agentes financeiros este ônus, em caráter solidário, sem previsão legal e nem contratual (art. 896 do Código Civil), implicaria aumentar os custos dos financiamentos imobiliários do SFH, pois a instituição financeira

passaria a ter que contar com quadros de engenheiros para fiscalizar, diariamente, a correção técnica, os materiais empregados e a execução de todas as obras por ela financiadas, passo a passo, e não apenas para fiscalizar, periodicamente, o correto emprego dos recursos emprestados.

Nestes casos em que atua como agente financeiro “*stricto sensu*”, a previsão contratual e regulamentar de fiscalização da obra, pela CEF, tem o óbvio motivo de que ela está financiando o investimento, tendo, portanto, interesse em que o empréstimo seja utilizado para os fins descritos no contrato de financiamento. Se ela constatar a existência de fraude, ou seja, que os recursos não estão sendo integralmente empregados na obra, poderá rescindir o contrato de financiamento. Em relação à construtora, ela tem o *direito* e não o dever de fiscalizar. O dever de fiscalizar surge perante os órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, podendo ensejar sanções administrativas, mas não ser invocado pela construtora, pela seguradora ou pelos adquirentes das unidades para a sua responsabilização direta e solidária por vícios de construção.

Fosse o caso de atribuir legitimidade à CEF nas causas em que se discute vício de construção de imóvel por ela financiado (financiamento “*stricto sensu*”), deveria ela figurar no pólo ativo da demanda, ao lado dos adquirentes dos imóveis, os mutuários. Isto porque a CEF tem interesse direto na solidez e perfeição da obra, uma vez que os apartamentos lhe foram dados em hipoteca.

Assim, não responde a CEF, perante o mutuário, por vício na execução da obra cometido pela construtora por ele escolhida para erguer o seu imóvel, ou de quem ele adquiriu o imóvel já pronto.

No segundo grupo de financiamentos acima lembrados, há diferentes espécies de produtos financeiros destinados à baixa e à baixíssima renda, em cada um deles a CEF assumindo responsabilidades próprias, definidas em lei, regulamentação infralegal e no contrato celebrado com os mutuários. Em alguns casos, a CEF contrata a construtora, em nome do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), para a edificação dos empreendimentos e arrenda ou vende os imóveis aos mutuários. Em outros programas de política de habitação social (recursos do FDS, do OGU ou do FGTS), a CEF atua como agente executor, operador ou mesmo agente financeiro, conforme a legislação específica de regência, concedendo financiamentos a entidades organizadoras ou a mutuários finais, sem assumir qualquer etapa da construção. Não cabe, no presente voto, adiantar entendimento acerca da responsabilidade da CEF em cada um desses tipos de atuação, o que deverá ser perquirido em cada caso concreto, a partir das responsabilidades assumidas pelas partes envolvidas.

Examino, portanto, apenas o caso concreto posto no presente recurso especial.

No caso dos autos, o autor alega que adquiriu o imóvel em agência da CEF, sem possibilidade de escolha da construtora e do projeto. Afirma que a instituição financeira promoveu o empreendimento, escolheu a construtora e as

características do projeto, apresentando o negócio completo ao mutuário, dentro de programa habitacional popular com recursos do FGTS.

Nos termos em que deduzida a controvérsia, portanto, parece-me clara a legitimidade passiva *ad causam* da instituição financeira. Esta legitimidade passiva não decorre, ao meu sentir, da mera circunstância de haver financiado a obra e nem de se tratar de mútuo contraído no âmbito do SFH, mas de afirmar o mutuário na inicial, como parte da causa de pedir - e a exatidão de suas alegações será decidida em sentença de mérito, após a instrução - que a CEF promoveu o empreendimento, elaborou o projeto com todas as suas especificações, escolheu a construtora e o negociou diretamente, dentro de programa de habitação popular.

No caso dos autos, não se alega, na inicial, que a CEF tenha assumido qualquer outra obrigação contratual, exceto a liberação de recursos para a construção. Não se alega e, portanto, *não integra a causa de pedir*, que a CEF tenha atuado como agente promotor da obra, escolhido a construtora e tido responsabilidade em relação ao projeto e muito menos que tenha vendido diretamente as unidades imobiliárias aos mutuários. Não consta do traslado o contrato de financiamento e nem suas características são descritas no acórdão recorrido, o qual não faz distinção entre os diversos tipos de financiamentos concedidos pela CEF e suas fontes respectivas de recursos. A CEF afirma que a obra foi financiada com recursos oriundos da caderneta de poupança (e não do FGTS) e que a seu vistoriador não cabia conferir a qualidade do material empregado, mas apenas por certificar a execução de cada etapa do empreendimento pela Cooperativa Habitacional Sete de Setembro, responsável pela contratação do engenheiro construtor, a fim de liberar as parcelas do financiamento.

Ressalto, ainda, que não são narrados na inicial elementos que permitam verificar que se trate de financiamento para pessoas de baixa ou baixíssima renda, de modo a ensejar a presunção - não alegada na inicial e, portanto, estranha à causa de pedir - de que a atuação da CEF não se limite a de agente financeiro "*stricto sensu*", como ocorre em alguns tipos de financiamentos mencionados no voto do Relator, dos quais é exemplo o financiamento objeto do já citado REsp n. 738.071-SC.

Não há, portanto, na linha do voto acima transcrito (REsp n. 738.071-SC), com a devida vênia, fundamento que justifique a legitimidade passiva da CEF, em decorrência de sua atuação exclusivamente como agente financeiro em sentido estrito.

II

Por outro lado, diversamente do que sucede no precedente acima citado, observo que a ação foi ajuizada contra a Caixa Seguradora S/A, sucessora da Sasse, e contra a Caixa Econômica Federal, instituição bancária que financiou a construção do Conjunto Habitacional Pinheiros, em Pernambuco e, em nome dos mutuários, celebrou o contrato de seguro na condição de estipulante. A Construtora não figura como ré, não tendo o seu nome sido sequer mencionado na petição inicial (fls. 13-31).

Narram os autores que seus imóveis apresentam vícios de construção com ameaça de desmoronamento. Afirmam que a seguradora reconheceu que o sinistro encontra cobertura na apólice, os procedimentos para a reparação dos imóveis estão em curso, com a interveniência da CEF, mas que não têm onde morar durante o período da obra e as rés se negam a custear as despesas de aluguel, condomínio, IPTU, energia elétrica e água, despesas estas objeto do pedido inicial.

O acórdão recorrido considerou que o agente financeiro e a seguradora têm responsabilidade solidária quanto aos possíveis defeitos da construção financiada. Entendeu, no tocante ao agente financeiro, que tal responsabilidade deriva da “fiscalização de seus engenheiros credenciados, ou no caso de aquisição de prédio já construído, da necessária vistoria da obra, observando-se o cumprimento às normas da ABNT e preservando-se o direito dos futuros mutuários a uma moradia edificada conforme as normas de qualidade e segurança” (fl. 147).

Ressaltou o acórdão que a reforma do imóvel já está em curso, sendo realizadas as expensas da seguradora. A controvérsia reside, portanto, apenas em relação às despesas ocasionadas pela desocupação, a qual foi necessária para as obras de restauro.

Reconheceu o acórdão não haver previsão contratual acerca dessas despesas, mas que “custear uma alternativa habitacional compatível durante as obras de recuperação é, no mínimo, o que se pode esperar para a preservação da integridade física de seus ocupantes” e que não há *bis in idem* na circunstância de a seguradora custear, durante as obras, os encargos do financiamento, e a CEF o pagamento de aluguel, “haja vista que os mutuários dos apartamentos interditados não deram causa ao fato que ensejou tal responsabilização, portanto, devem ser compensados pelos transtornos sofridos.” Com esses fundamentos, confirmou a decisão antecipatória de tutela que afirmou a legitimidade passiva

solidária da CEF e da seguradora, impondo-lhes a obrigação de pagar aluguéis desde 2005 e enquanto perdurar a reforma, no valor de R\$ 500,00, para cada autor; despesas de condomínio dos imóveis alugados; IPTU, se esta despesa, no contrato de locação, couber ao locatário e despesas mínimas de energia elétrica, sob pena da sanção prevista no art. 14, inciso V, parágrafo único, do CPC, a qual poderá ser suportada pessoalmente pelos gerentes ordenadores de pagamento das despesas.

Observe, portanto, que a presente causa trata da extensão de cobertura securitária. A seguradora não discute que o sinistro esteja coberto pela apólice. Pretendem os autores obter o pagamento de despesas relativas ao imóvel que ocupam durante o desenvolver das obras de reforma.

Discute-se, portanto, no caso *sub judice*, não a responsabilidade solidária do agente financeiro com a construtora por vício de construção (matéria versada no REsp n. 738.071-SC e também no REsp n. 51.169-RS, da acórdão da lavra Ministro Ari Pargendler, importante precedente mencionado no voto do Ministro Relator), mas a solidariedade da instituição financeira com a seguradora.

Analisando, pois, as partes intervenientes no contrato de seguro habitacional.

A respeito do tema, reporto-me a voto proferido no TRF da 1ª Região:

A CEF, estipulante do contrato de seguro, é representante dos mutuários perante a seguradora. É o que se depreende da cláusula do contrato de mútuo, segundo a qual o seguro será processado por intermédio da CEF e, em caso de sinistro, a CEF receberá da seguradora a importância do seguro, aplicando-a na amortização da dívida e colocando o saldo, se houver, à disposição do mutuário. Também esta conclusão deriva da cláusula segundo a qual o mutuário constitui a CEF sua procuradora para representá-lo, entre outros, em todos os assuntos referentes a seguro, inclusive para recebimento de sinistro.

A CEF representa o mutuário na contratação do seguro, celebrando o contrato com a seguradora, recebendo o valor do prêmio (que é cobrado como parte da prestação mensal) e repassando-o à seguradora. Esta representação deriva de poderes conferidos à CEF pelo mutuário, no contrato de mútuo, e é permitida expressamente pelo Decreto-Lei n. 73/1966, cujo art. 21 estabelece que “nos casos de seguros legalmente obrigatórios, o estipulante equipara-se ao segurado para os efeitos de contratação e manutenção do seguro” e que “estipulante é a pessoa que contrata o seguro por conta de terceiros, podendo acumular a condição de beneficiário.”

É possível a representação do mutuário pela CEF porque, no tocante ao contrato de seguro, há comunhão de interesses entre ambos.

Com efeito, o seguro é contratado em benefício não apenas do mutuário, mas também da instituição financeira, que tem o imóvel hipotecado como garantia do pagamento do financiamento. Em caso de sinistro, um incêndio, por exemplo, não fosse o seguro, o mutuário perderia o imóvel e continuaria devedor, e a instituição financeira perderia a garantia hipotecária.

Não existe, todavia, essa comunhão de interesses entre a seguradora, de um lado, e a instituição financeira e o mutuário de outro, de forma que não me parece juridicamente possível cogitar-se de representação da seguradora pela instituição financeira, além de não haver amparo legal e nem contratual para tal representação.

Note-se que se a CEF representasse não apenas os mutuários, mas também a seguradora, o contrato de seguros seria celebrado pela CEF consigo mesmo.

Não sendo a CEF representante da seguradora, mas dos mutuários, não há, data vênia, como considerá-la com poderes para representar, em juízo, a seguradora. Os poderes para representação em juízo não se presumem, devem ser expressos (...).

A instituição financeira atua, portanto, como representante do mutuário, circunstância incontroversa, admitida pelos próprios autores (fl. 19), sendo estipulante do contrato de seguro celebrado com a seguradora. Tal procedimento é expressamente previsto pelo art. 21 c.c. art. 20, alínea f, do Decreto-Lei n. 73/1966.

Em relação ao contrato de seguro adjeto ao mútuo habitacional, o interesse da instituição financeira é comum aos mutuários: em caso de sinistro (dano ao imóvel) a seguradora deverá restaurar o imóvel, patrimônio do mutuário e garantia hipotecária concedida em favor da instituição financeira. Não há, portanto, data vênia, fundamento legal ou contratual (Código Civil, art. 896) que justifique a atribuição de solidariedade, ao agente financeiro, com a seguradora, invertendo os pólos da relação jurídica, de modo que a instituição financeira passaria de beneficiária a devedora da proteção securitária.

Considerar-se que o agente financeiro estipulante, em caso de sinistro, pela mera circunstância de haver financiado o empreendimento, é responsável solidário pela cobertura securitária, além de não ter respaldo contratual e nem legal, data vênia, equivaleria a transformá-lo em segurador de todos os contratos de mútuo habitacional, nos quais, obediente ao comando legal, estipulou o seguro obrigatório, desvirtuando-se o contrato de financiamento e o contrato de seguro a ele adjeto.

Invoca, ainda, o voto do eminente Relator, a jurisprudência deste Tribunal que, com o escopo de proteger o consumidor de boa-fé, em diversas oportunidades reconheceu a responsabilidade de empresas do mesmo grupo econômico, notadamente a controladora, pelos danos causados aos que com elas contratam. Neste ponto, anoto que a Sasse Seguros passou, desde julho de 2000, a ser denominada Caixa Seguros e, em fins de agosto de 2001, a CNP Assurances, líder do mercado de seguros na França, adquiriu o controle acionário da Caixa Seguros com 50,75% das ações ordinárias, ficando a CEF com 48,21% das ações, conforme se verifica na página da empresa na *Internet*. Cuidasse, portanto, de pessoa jurídica distinta e independente da CEF, atualmente controlada por empresa estrangeira.

III

Em conclusão, penso, data vênia, que a CEF, na condição de agente financeiro “*stricto sensu*”, não ostenta legitimidade para responder pelo pedido de ampliação da cobertura securitária deduzido na inicial.

Ressalvo-lhe, todavia, a possibilidade de requer o ingresso nos autos, na condição de assistente, em razão do interesse jurídico decorrente de atuar, em nome do FCVS, como administradora do referido Fundo e da extinta Apólice do Seguro Habitacional (Lei n. 12.409/2011).

Em face do exposto, com a devida vênia do Relator, dou provimento ao recurso especial, para reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* do agente financeiro recorrente.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.164.961-AL (2009/0218281-6)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Maria José dos Santos

Advogado: Elson Teixeira Santos

Recorrido: José Elias Uchôa Filho e outro

Advogado: Fernando José Teixeira Medeiros e outro(s)

EMENTA

Recurso especial (art. 105, III, **a**, da CF). Ação rescisória buscando desconstituir decisão transitada em julgado em sede de demanda de manutenção de posse. Corte Estadual que julgou improcedente o pedido.

Insurgência da demandante.

1. Prefacial suscitada em contrarrazões. Rejeição. Deserção do recurso especial não configurada, uma vez que a parte insurgente é beneficiária da assistência judiciária gratuita.

2. Tese de afronta aos arts. 125, I e III, 452, II, ambos do CPC e 5º e 6º, §§ 1º e 2º da LICC. Conteúdo normativo dos dispositivos não prequestionado ante o Tribunal de origem, caracterizando clara inovação recursal. Aplicação das Súmulas n. 282 e n. 356 do STF, obstando o conhecimento do recurso especial no ponto.

3. Violação dos arts. 458 e 535 do CPC incorrente. Acórdão local devidamente fundamentado, tendo enfrentado todos os aspectos fático-jurídicos essenciais à resolução da controvérsia. Desnecessidade de a autoridade judiciária enfrentar todas as alegações veiculadas pelas partes, quando invocada motivação suficiente ao bom desate da lide.

4. Ausência de nulidade a acometer a higidez da coisa julgada formada na ação de manutenção de posse. Desnecessidade de participação do Ministério Público na qualidade de *custos legis* em demanda de cunho individual, ante o simples fato de nela figurar pessoa idosa.

O Estatuto do Idoso somente torna inafastável a ouvida do *parquet* nas demandas, regidas por aquele diploma, que envolvam direitos coletivos ou situação de risco aos idosos. Inteligência dos arts. 43 e 74, II, da Lei n. 10.741/2003.

5. Aventado erro de fato no julgamento da ação de manutenção de posse, por não se ter como provada a posse mansa e pacífica da ora demandante por mais de 50 anos no imóvel objeto da lide.

Matéria, todavia, expressamente tratada no *decisum* rescindendo, que firmou cuidar-se de mera detenção.

O erro de fato, a autorizar o manejo da ação rescisória (art. 485, IX, do CPC), é somente aquele verificado por situação provada nos autos e ignorada pelo julgador, não sendo cabida a rediscussão de temática devidamente enfrentada e dirimida em decisão judicial transitada em julgado.

Inviabilidade, ademais, de alteração da conclusão manifestada pela Corte de origem, que afastou a alegação sob foco, por demandar reexame do quadro fático da demanda, providência obstada ante a Súmula n. 7 desta Corte Superior.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 23.3.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial, interposto por *Maria José dos Santos*, com amparo na alínea **a** do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

Demanda originária: José Elias Uchôa Filho e Maria Thereza Telles Uchôa ajuizaram ação de *manutenção de posse* em face de Maria José dos Santos (ora recorrente). Após regular trâmite, o pedido restou acolhido, e, em face do caráter de fungibilidade das demandas possessórias, os autores restaram reintegrados na posse do imóvel objeto do litígio.

Ação rescisória: a ora recorrente ajuizou ação rescisória, com base no art. 485, I, III, V e IX, do CPC, defendendo a nulidade da sentença, porquanto, por se tratar de pessoa idosa, deveria ter figurado na demanda, como *custos legis*, o Ministério Público (arts. 82, III, e 84, do CPC). Ainda, sustentou que: a) não restou ouvida em audiência; b) logrou êxito em demonstrar de forma efetiva a sua posse, e os autores da ação possessória sequer comprovaram a alegada turbação (art. 926, II e III, do CPC); c) ficou condenada ao pagamento do ônus sucumbencial mesmo sendo beneficiária da gratuidade da justiça; d) os fatos postos na inicial da ação originária padecem de veracidade, ferindo frontalmente o art. 14, I a IV, do CPC.

Deliberação da rescisória: o Tribunal Estadual, ao apreciar o pleito rescisório, rejeitou-o, em acórdão assim ementado:

Processo Civil. Ação rescisória. Desnecessidade de manifestação do Ministério Público. Impossibilidade de reexame das matéria enfrentadas na sentença. Decisão unânime.

I - O Estatuto do Idoso somente entrou em vigor quando os autos da ação ordinária já se encontravam neste Tribunal de Justiça em grau de recurso, razão pela qual não há como alegar nulidade do feito pela ausência de intervenção do Ministério Público.

II - Versando o litígio apenas sobre controvérsia jurídica, sendo desnecessário o exame de fatos, ou mesmo quando imprescindível a apreciação fáctica, os elementos probatórios já contidos nos autos permitem a produção de uma conclusão final mediante a cognição exauriente do feito, tornando despropositado o prolongamento da tramitação processual.

III - A autora não apresentou elementos que concretizassem qualquer das hipóteses previstas no art. 385 do Código de Processo Civil, resumindo-se a alegar, em sede de ação rescisória, que teria a posse mansa e pacífica do terreno objeto da ação de usucapião, além de que as provas colacionadas naquele feito não demonstrariam os requisitos para a procedência do pedido formulado pelos ora demandados. Ora, é sabido por todos que a ação rescisória não pode ser utilizada como espécie recursal, exigindo-se para sua procedência a presença de uma das situações referidas pelo art. 485 do Código de Processo Civil.

IV - Impossível acolher o pleito formulado pela demandante, porquanto resta defeso o reexame das matérias fácticas já apreciadas pelo magistrado *a quo* e sua Sentença, a qual foi alcançada pelos efeitos da coisa julgada.

V - Decisão unânime.

Os embargos de declaração interpostos pela recorrentes quedaron rejeitados (fls. 397-400).

Em suas razões, a recorrente defende, nos termos do art. 105, III, **a**, da CRFB, a flagrante violação, pelo aresto Estadual, aos artigos: a) 535, I e II, do CPC, ante a existência de omissão no julgado; b) 485, IV, V, IX, § 1º, do CPC; c) 81, 82, III, 83, I e II, 84, 246, parágrafo único, do CPC, arts. 43, 73, 74, I, 78, 79, *caput* e 82 da Lei n. 10.741/2003, diante da ausência de manifestação do Ministério Público no bojo da demanda originária; d) 125, I e III, 452, II, 458, I, II e III, do CPC; e) 5º e 6º, §§ 1º e 2º, da LICC; f) 485, 489, 490, parágrafo único, 491, 492, 493, I, II e III, 494, I e 496, do CC/1916. Ainda, art. 5º, XXXV, XXXVI, XLI, LV, e 230 da CRFB.

A insurgente sustenta: a) a imprescindibilidade da manifestação do Ministério Público em ação de manutenção de posse em que figura no pólo passivo pessoa idosa; b) a necessidade de rejeição do pedido formulado na ação possessória, porquanto exerce a posse do imóvel há mais de 58 anos.

Em contrarrazões, os recorridos defendem a deserção do recurso, ante a ausência de comprovação do pagamento do porte de remessa e retorno.

Após decisão admitindo o recurso especial, os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 502-507, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): A insurgência não merece prosperar.

1. *Ab initio*, cumpre afastar a alegação de deserção do recurso especial, suscitada nas contrarrazões.

A autora da ação rescisória, ora recorrente, é beneficiária da assistência judiciária gratuita, conforme se depreende do despacho que recebeu e determinou o processamento da demanda (fl. 273, e-STJ), estando, portanto, dispensada de proceder ao recolhimento das despesas de remessa e retorno inerentes ao presente recurso.

2. Antes de adentrar na análise do mérito do presente recurso especial, cumpre consignar que a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, em se tratando de ação rescisória embasada no inciso V do art. 485 do CPC, é autorizado ao recorrente fundamentar as razões

do recurso especial nos mesmos dispositivos legais que ensejaram a propositura da demanda rescisória, sendo despicienda alegação de violação àquele inciso.

Nesse sentido:

Direito Processual Civil. Ação rescisória. Recurso especial. Fundamentos do acórdão recorrido.

I - Quando existir violação de literal disposição de lei e o julgador, mesmo assim, não acolher a pretensão deduzida na ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, o acórdão estará contrariando aquele mesmo dispositivo ou a ele negando vigência, com o que dará ensejo à interposição de recurso especial com base na alínea a do permissivo constitucional.

II - Se terceiro que adquire bem a respeito de cujo litígio não há o registro exigido pelo art. 167 da Lei n. 6.015/1973 pode ser alcançado pela coisa julgada, deve ser citado como litisconsorte passivo necessário.

III - Recurso conhecido e provido para se julgar procedente o pedido da ação rescisória. (STJ, REsp n. 476.665-SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Corte Especial, j. em 1º.12.2004, grifei).

Seguem precedentes dos órgãos fracionários desta Corte, adotando o entendimento acima delineado: *EDcl no REsp n. 1.100.290-RS*, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. em 28.9.2010; *REsp n. 660.831-PR*, Relatora Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, DJ 4.9.2006; *AgRg no Ag n. 916.505-MG*, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ 2.8.2010; *REsp n. 867.016-PR*, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 6.8.2009.

3. Não pode ser conhecida a alegada violação aos arts. 125, I e III, 452, II, do CPC, e arts. 5º e 6º, §§ 1º e 2º da LICC.

Quanto a eles não se evidencia o imprescindível prequestionamento do respectivo conteúdo normativo, porquanto, não obstante a interposição de aclaratórios pela recorrente não aludem as teses representadas pelos artigos ora invocados como violados, aplicando-se ao caso em tela o teor da Súmula n. 282 do STF, *verbis*:

É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Ainda, sobre o assunto, cita-se a Súmula n. 356 do STF:

O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Nesse sentido:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 535 do CPC. Não ocorrência. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Fundamento não atacado. Súmula n. 283-STF. Inovação recursal. Preclusão consumativa. 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. A ausência de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos declaratórios, impede o conhecimento do recurso especial (Súmula n. 211 do STJ). 3. Os temas trazidos nas razões do regimental como inovações recursais não comportam análise, haja vista a ocorrência da preclusão consumativa das matérias que foram impugnadas anteriormente no recurso especial. 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag n. 1.383.288-RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

Assim, incidente o óbice previsto nas Súmulas n. 282/356 do STF, porquanto ausente o prequestionamento, não se verificando, portanto, a violação ao art. 535 do CPC, já que os artigos suscitados pelo recorrente sequer restaram submetidos à deliberação do Tribunal *a quo*, evidenciando-se manifesta inovação recursal.

4. Não encontra amparo o inconformismo no pertinente à alegação de ofensa aos artigos 458, I a III, e 535, I e II, do CPC.

Foram enfrentadas todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia, sobrevindo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela recorrente.

Ademais, a tese de omissão apresentada em sede de aclaratórios limitou-se ao resumo dos fatos e à alegação de nulidade do *decisum* rescindendo, ante a ausência de manifestação do Ministério Público nos autos da ação originária (manutenção de posse).

Tal matéria restou devidamente analisada, de forma exaustiva, pela Corte de origem ao julgamento dos aclaratórios (fl. 361, e-STJ), não havendo falar, assim, em ausência de fundamentação ou mácula ao art. 535 do CPC.

5. Quanto ao mérito da ação rescisória, a recorrente sustenta que o aresto vergastado incorreu em violação dos artigos 485, IV e V, 81, 82, III, 83, I e II,

84, 246, parágrafo único, todos do CPC, e arts. 43, 73, 74, I, 78, 79, *caput* e 82 da Lei n. 10.741/2003.

Para tanto, sustenta que o Ministério Público não foi instado a se manifestar no bojo da anterior ação de manutenção de posse (cuja decisão transitada em julgado é alvo da presente rescisória), o que se revelava de rigor haja vista nela figurar como parte pessoa idosa, residindo aí o motivo determinante a ensejar a procedência da ação rescisória.

Não detém razão, todavia.

Com efeito, o fato de figurar pessoa idosa no pólo passivo de ação possessória não é fator suficiente a ensejar a obrigatoriedade manifestação do Ministério Público no bojo da demanda.

O artigo 82 do CPC prevê a necessidade de intervenção do Ministério Público em determinados casos, dentre eles, aqueles elencados no inciso III, *objeto da alegação de violação*, que dispõe:

nas ações em que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Ora, a situação em tela não se enquadra nas hipóteses previstas no dispositivo legal, por se tratar de ação de manutenção de posse proposta por particulares, em face da ora recorrente, Maria José dos Santos (idosa), sendo que o imóvel em questão não pode ser considerado deflagrador de “litígio coletivo pela posse de terra rural”, já que se trata de pequena casa localizada em zona rural.

Logo, a demanda era de caráter nitidamente individual, e que, por óbvio, não abrange interesse público capaz de culminar na obrigatoriedade de manifestação do órgão ministerial.

Ademais, a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público prevista na Lei n. 10.741/2003 refere-se àqueles casos em que o idoso se encontre em situação de risco, nos termos do art. 43, que integra o Título alusivo às “medidas de proteção”, *verbis*:

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;
- III – em razão de sua condição pessoal.

Referido dispositivo determina apenas que o Ministério Público zeze pelos interesses dos idosos, como coletividade, e não atribui uma “curadoria” geral e irrestrita ao *parquet*.

Logo, frise-se, a intervenção ministerial somente se caracteriza como obrigatória, sob pena de nulidade, quando estiverem em litígio direitos de idosos em condição de risco, nos termos dos artigos 74, II e 43 da Lei n. 10.741/2003.

Os idosos, quando isoladamente considerados, são presumivelmente capazes, somente necessitando da presença do Ministério Público, seja como parte, ou na qualidade de *custos legis*, naquelas demandas que envolvam situação de anormalidade, ou direitos individuais indisponível, o que não ocorreu na demanda originária, que, conforme já aludido, restringiu-se à discussão possessória, direito individual disponível.

Sobre o assunto, seguem precedentes desta Corte de Justiça:

Possibilidade. Ministério Público. Intervenção obrigatória. Pessoa idosa. Comprovação de situação de risco. Necessidade. Art. 43 da Lei n. 10.741/2003. Reexame de matéria fático-probatória. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ. Recurso desprovido.

I - Conforme entendimento desta Corte Superior, o direito à Previdência Social envolve direitos disponíveis dos segurados. Por tal motivo, é possível que o segurado renuncie à aposentadoria, com o objetivo de aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, muitas vezes mais vantajoso.

II - *O só fato de ser pessoa idosa não denota parâmetro suficiente para caracterizar a relevância social a exigir a intervenção do Ministério Público. Deve haver comprovação da situação de risco, conforme os termos do artigo 43 da Lei n. 10.741/2003, sob pena de obrigatória intervenção do Ministério Público, de forma indiscriminada, como custos legis em toda e qualquer demanda judicial que envolva idoso.*

III - É inviável, em sede de recurso especial o reexame de matéria fático-probatória, tendo em vista o óbice contido no Verbete Sumular n. 7-STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

IV - Recurso conhecido, mas desprovido. (REsp n. 1.235.375-PR, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. em 12.4.2011, grifei).

Previdenciário. Benefício. Idoso. Intervenção obrigatória do Ministério Público. Nulidade. Inexistência. Comprovação de situação de risco. Necessidade. Art. 43 da Lei n. 10.741/2003.

1. A intervenção do Ministério Público nas ações em que envolva o interesse do idoso não é obrigatória, devendo ficar comprovada a situação de risco de que trata o art. 43 da Lei n. 10.741/2003. Precedente.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.182.212-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. em 9.8.2011, grifei).

Por derradeiro, cumpre destacar que o próprio órgão do Ministério Público, em parecer perante o egrégio Tribunal *a quo*, manifestou-se pela ausência de nulidade, nos seguintes termos:

A alegação de ter havido nulidade no feito principal ante a não intervenção do *parquet*, não merece guarida, já que o simples fato de haver idoso em algum dos pólos processuais não configura, por si só, o interesse público ensejador da necessária intervenção do órgão ministerial. (fl. 342, e-STJ).

Deste modo, ante o caráter individual da demanda originária, e inexistindo qualquer alegação acerca de situação de risco envolvendo a recorrente, não há falar em nulidade do processo por ausência de manifestação do Ministério Público, afastando-se, portanto, a defendida violação dos dispositivos legais alusivos ao tema.

6. A recorrente postula, ainda, a procedência da ação rescisória, por entender restar configurado erro de fato, decorrente da interpretação errônea das provas produzidas na demanda originária - ação de manutenção de posse -, já que nela, sob à ótica da ora recorrente, não houve comprovação de esbulho/turbação, tendo o julgador desprezado o fato de que a ré (ora insurgente) é possuidora do bem imóvel objeto da demanda há aproximadamente 58 anos.

Também neste ponto não prospera a insurgência especial.

A pretensão deduzida no recurso compreende claramente a rediscussão dos fundamentos que respaldaram a improcedência da ação rescisória, os quais estão embasados em matéria fático-probatória, alusiva à comprovação da posse exercida sobre o imóvel objeto da demanda, e do esbulho ensejador de sua propositura.

A recorrente sequer aponta erro de fato, limitando-se a rediscutir o fundamento utilizado pelo aresto para rejeitar o pedido formulado na demanda rescisória, alusivo à comprovação da posse e, por consequência, a ausência de esbulho.

Acerca do tema, já se pronunciou esta Corte de Justiça, no sentido de que “o erro de fato supõe fato suscitado e não resolvido”, porque o fato “não alegado” fica superado pela eficácia preclusiva do julgado – *tantum iudicatum quantum*

disputatum debeat (*artigo 474, do CPC*)” (REsp n. 1.065.913-CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 10.9.2009).

Ainda, confirmam-se os seguintes julgados: AR n. 834-RN, 3ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 18.10.2004; AR n. 464-RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 19.12.2003.

Nesse ponto, assim delineou o aresto objurgado (fls. 363-364):

Ora, o exame das razões de apelação formuladas no bojo da ação ordinária demonstram que as matérias objeto da presente ação rescisória já foram ventiladas e apreciadas durante a ação ordinária que tramitou em primeiro grau de jurisdição (fl. 172).

Na verdade, a lei processual impõe como condição à caracterização de erro de fato a ausência de controvérsia e de pronunciamento judicial sobre o fato, de modo que havendo sido examinada na Sentença, a situação não pode ser tida como equivocada, nos termos do art. 485, IX, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil. (...)

Dessa forma, impossível acolher o pleito formulado pela demandante, porquanto resta defeso o reexame das matérias fáticas já apreciadas pelo magistrado *a quo* e sua Sentença, a qual foi alcançada pelos efeitos da coisa julgada.

Com efeito, a apreciação da existência de erro de fato, nos exatos moldes constantes da pretensão da recorrente, demanda reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ “*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.

Nesse sentido:

Processual Civil. Ação rescisória. Erro de fato. Fundamentação. Ausente. Deficiente. Súmula n. 284-STF. Omissão, contradição e obscuridade. Inocorrência. Inexistência de controvérsia e de pronunciamento judicial. Súmula n. 7-STJ. Recurso adesivo. Apreciação condicionada ao provimento do recurso especial. Adesivo prejudicado. (...)

4. *A apreciação da existência de erro de fato demanda reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, por força da Súmula n. 7-STJ. Precedentes.* (REsp n. 1.066.182-MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 28.6.2011, grifei).

Recurso especial. Ação rescisória. Interdito proibitório. Prova falsa. Artigo 485, VI, do Código de Processo Civil. Documento adulterado. Irrelevância para o

julgamento da ação possessória. Erro de fato. Questão controvertida. Artigo 485, IX, do Código de Processo Civil. Matéria fática. (...)

2. *O provimento de ação rescisória, com base na alegação de erro de fato – art. 485, IX, do CPC –, exige o atendimento do seguinte requisito: o de que a matéria não tenha sido discutida nos autos da ação original. No caso dos autos, o acórdão rescindendo fez considerações sobre o documento tido por falsificado, mas concluiu por respaldar o julgado nas outras provas nos autos produzidas, mormente a pericial.*

3. *Nos termos da Súmula n. 7-STJ, é vedado ao STJ, no julgamento de recurso fundado no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, o reexame de matéria fático-probatória, ainda que o recurso especial tenha sido aviado em sede de ação rescisória.*

4. Recurso especial não-conhecido. (REsp n. 975.014-ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, j. em 23.9.2008, grifei).

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Admissibilidade. Ação rescisória. Complementação de aposentadoria. Incidência de imposto de renda. Jurisprudência controvertida. Súmula n. 343-STF. Falta de prequestionamento. Reexame da matéria fático-probatória. Aplicação das Súmulas n. 282-STF e n. 7-STJ.

1. Para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido deliberação sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal.

2. A falta de prequestionamento inviabiliza o recurso especial por qualquer das alíneas (Súmulas n. 282-STF e n. 211-STJ).

3. Inviável, da mesma forma, o recurso especial, se o exame da questão suscitada exige revolvimento dos aspectos fáticos-probatórios dos autos. Aplicação da Súmula n. 7-STJ.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 845.499-DF, Ministra Eliana Calmon, DJ de 18.12.2007).

Assim, não se conhece do recurso especial no ponto.

7. Por derradeiro, deixa-se de proceder à análise da alegada afronta aos arts. 5º, XXXV, XXXVI, XLI e LV, e 230, da CRFB, porquanto a violação de dispositivos ou de preceitos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, não fundamenta recurso especial, já que matéria afeta à competência do STF, pela via do extraordinário (art. 102, da CF).

8. Do exposto, conheço parcialmente e nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.183.378-RS (2010/0036663-8)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: K R O

Recorrente: L P

Advogado: Gustavo Carvalho Bernardes e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

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

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

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

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar* em que *arranjos*

multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

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

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

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

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. *Em uma palavra: o direito*

à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

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

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

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

11. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, rejeitou a questão de ordem, suscitada pelo Sr. Ministro Marco Buzzi, para submeter o julgamento do feito à Segunda Seção. Vencidos na questão de ordem os Srs. Ministros Marco Buzzi e Raul Araújo.

No mérito, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, dando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, e a retificação do voto do Sr. Ministro Raul Araújo, para não conhecer do recurso, divergindo do Relator, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido, no mérito, o Sr. Ministro Raul Araújo.

O Sr. Ministro Marco Buzzi (voto-vista), a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 1º.2.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 2. K. R. O. e L. P., duas mulheres alegando que se relacionam de maneira estável há três anos, requereram habilitação para casamento junto a dois Cartórios de Registros Cíveis de Porto Alegre-RS, pedido que lhes foi negado pelos respectivos titulares.

Em seguida, em 25.3.2009, ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre-RS, afirmando inexistir óbice no ordenamento jurídico a que pessoas do mesmo sexo se casem.

A sentença julgou improcedente o pedido de habilitação, por entender que o casamento, tal como disciplinado pelo Código Civil de 2002, somente é possível entre homem e mulher (fls. 49-52).

Em grau de apelação, a sentença foi mantida por acórdão assim ementado:

Apelação cível. Casamento homossexual. Habilitação. Ausência de possibilidade jurídica do pedido. Entidade familiar. Não caracterização.

Inteligência dos arts. 226, § 3º, da Constituição Federal e 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 do Código Civil que tipificam a realização do casamento somente entre homem e mulher.

Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o Estado de Massachussetts, nos USA, que prevêm o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes.

Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher.

Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo.

Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesejável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar.

Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária.

A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico.

Apelação desprovida.

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea **a** do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 1.521 do Código Civil de 2002, aduzindo as recorrentes que o mencionado dispositivo - que prevê os impedimentos para o casamento -, não indica como tal a identidade de sexos.

Assim, aplicar-se-ia a regra segundo a qual, no direito privado, o que não é expressamente proibido é permitido, conclusão que autoriza as recorrentes a se habilitarem para o casamento.

Contra-arrazado (fls. 184-188), o especial foi admitido (fls. 198-203).

O Ministério Público Federal, mediante parecer assinado pelo Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou pelo não provimento do recurso especial (fls. 212-216).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. É por todos conhecido o traço do individualismo voluntarista que marcou os diplomas civis do mundo no início do século XIX, dos quais se destaca, de forma eloquente, o Código Napoleão (1804), modelo que foi incorporado em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro (Código Civil de 1916).

Esse foi o momento da mais nítida separação entre direito público e privado: neste, os partícipes são os particulares, contratantes ou proprietários, e tem-se como pilar axiológico a autonomia da vontade, naquele, os cidadãos em face do Estado, cujo cerne valorativo são os limites para o exercício do poder e o estabelecimento de direitos fundamentais oponíveis verticalmente.

A progressiva superação desse modelo rendeu ensejo a que se inserissem, no plano jurídico do direito privado, princípios limitadores do individualismo e da voluntariedade, surgindo as chamadas *normas de ordem pública* – em espaços antes privados por excelência, como a família, a propriedade, o contrato e o trabalho.

A consagração de normas desse jaez, pregoeiras de direitos tidos por indisponíveis, marcou a fase denominada *publicização do direito privado*, segundo a qual alguns efeitos de atos jurídicos privados eram predeterminados pelo ordenamento, de forma absoluta, surgindo o germe de temas contemporâneos, como a função social do contrato e da propriedade.

Na esteira das transformações experimentadas pelo direito privado, depois da *publicização* veio a chamada *constitucionalização do direito civil*, momento em que o foco transmutou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal, a qual, no caso brasileiro, contém normas relativas à

família, criança, idoso, adolescente, proteção do consumidor e função social da propriedade.

Assim, os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional.

Na expressão certa de Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não somente “o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60).

Nessa linha de evolução, penso que também por essa ótica deva ser analisado o papel do Superior Tribunal de Justiça, notadamente das Turmas de Direito Privado.

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior.

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

3. A segunda observação introdutória diz respeito ao papel do juiz moderno, ao apreciar demandas que envolvam princípios e conceitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a concepção de casamento como instituição religiosa ou sacramento, assim também os contornos morais e éticos, do ponto de vista filosófico ou antropológico, evidentemente, não serão objetos de exame no caso em julgamento.

É que vicejam, no particular, as palavras de John Rawls, para quem:

Os juízes não podem, evidentemente, invocar as próprias noções pessoais de moralidade, tampouco os ideais e virtudes da moralidade em geral. Estes devem ser considerados irrelevantes. Eles não podem, da mesma forma, invocar visões religiosas ou filosóficas, deles próprios ou de outras pessoas. (*Apud*. SANDEL,

Michael J.. Justiça - o que é fazer a coisa certa. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 p. 310).

No mesmo sentido é a filosofia de Chaïm Perelman sobre direito e moral:

[...] pode haver boas razões para que as regras morais não sejam inteiramente conformes às regras jurídicas, pois estas são sujeitas a condições de segurança, a presunções e a técnicas de prova, com as quais o juízo moral não se embarça muito. (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 305).

A partir dessa idéia central, colho trechos do voto proferido pelo eminente Ministro Aliomar Baleeiro (STF), ainda na década de 1960 (RMS n. 18.534-SP), mas bastante atual:

Ninguém contesta o direito de a sociedade, da qual é órgão o Estado, defender-se do obsceno e repugnante e, sobretudo, preservar de influências deletérias o caráter do adolescente e da criança.

[...]

Mas o conceito de “obsceno”, “imoral”, “contrário aos bons costumes” é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A Polícia do Rio, há 30 ou 40 anos não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-Rei Eduardo VIII, então Príncipe de Gales, assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado *bikini* (ou “duas peças”) seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental, há 30 anos.

Negro de braço dado com branca em público, ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários Estados norte-americanos do Sul, até tempo bem próximo ao atual.

[...]

Os juízes dos tempos de nossos avós e pais, ao que eu saiba, não apreenderam nunca *A Carne*, de Júlio Ribeiro, hoje um clássico. Mostraram com isso compreensão acima de qualquer farisaísmo ou pressão religiosa. Não há motivo para imitarmos o puritanismo da autoridade postal dos Estados Unidos, que proibiu o tráfego de cópias coloridas da *Maya desnuda*, de Goya, pintada no mais católico, preconceituoso e clerical dos países. Seria o mesmo que um *cache-sexe* no *David* de Miguel Ângelo. (RMS n. 18.534, Relator(a): Min. Aliomar Baleeiro, Segunda Turma, julgado em 1º.10.1968, EMENT VOL-00751-03 PP-01156 RTJ VOL-00047-03 PP-00787).

Transcrevo também a reflexão realizada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, também da Suprema Corte, no voto proferido na ADPF n. 132, acerca das possibilidades de coexistência entre direito e moral:

[...] o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã.

[...]

Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces - Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

4. Nesse contexto, a controvérsia instalada nos autos consiste em saber se é possível o pedido de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo, tendo as recorrentes recebido respostas negativas, tanto na esfera cartorária, quanto nas instâncias judiciais – sentença e acórdão de apelação.

O acórdão, além de invocar doutrina sobre teoria geral do direito e de hermenêutica jurídica, acionou os arts. 1.514, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, enfatizando as alusões aos termos “homem” e “mulher” (ou “marido e mulher”), reciprocamente considerados, cuja união seria a única forma de constituição válida do casamento civil.

Os dispositivos citados contêm a seguinte redação:

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

[...]

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: “De acordo com a

vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.”

[...]

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Finalmente, concluiu o acórdão recorrido que:

[...] o fato de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser expressamente vedado pelos artigos 1.521 e 1.523 do CC, não significa que esteja permitido, ou que sua existência possa ser “integrada” pelo Juiz, porquanto estreme de qualquer dúvida que a própria substância do conceito de casamento traz ínsita a idéia, milenar, da união entre um homem e uma mulher.

4.1. Ressalto que os óbices relativos às expressões “homem” e “mulher”, utilizadas pelo Código Civil de 2002, art. 1.723, e pela Constituição Federal, art. 226, § 3º, foram afastados por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo, denominada “união homoafetiva”.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte: REsp n. 820.475-RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2.9.2008, DJe 6.10.2008; REsp n. 1.085.646-RS, Rel. Ministra Nancy Andrigghi, Segunda Seção, julgado em 11.5.2011, DJe 26.9.2011; REsp n. 827.962-RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 21.6.2011, DJe 8.8.2011.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132-RJ e da ADI n. 4.277-DF, conferiu ao art. 1.723, do Código Civil de 2002, interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, “entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’”. A Suprema Corte asseverou que: “(...) este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto).

Portanto, o próprio STF, no julgamento da ADPF n. 132, sinalizou que o entendimento então adotado poderia mesmo ser utilizado para além da união estável homoafetiva, como se denota expressamente de trecho do voto do eminente Relator:

[...] que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o *casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher".* (sem grifo no original).

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Marco Aurélio (STF), alicerçado em escólio proferido pelo ilustre Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade, acerca do direito de todo indivíduo à livre formulação de um projeto de vida:

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005:

Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu *projeto de vida*. O vocábulo "projeto" encerra em si toda uma dimensão temporal. *O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral.* É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre).

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: *ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.*

4.2. A questão que ora se enfrenta é saber se o mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso dos autos, em que se pleiteia a habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo.

A resposta, a meu juízo, passa, necessariamente, pelo exame das transformações históricas experimentadas pelo direito de família e pela própria família reconhecida pelo direito, devendo ter-se também em mente a polissemia da palavra “casamento”, o qual pode ser considerado, a um só tempo, uma *instituição social*, uma *instituição natural*, uma *instituição jurídica* e uma *instituição religiosa*, ou sacramento, ou, ainda, tomando-se em metonímia a parte pelo todo, o casamento significando simplesmente “família”.

No particular, como antes ressaltado, constituir-se-ia providência inócua investigar qual a concepção de casamento em seu sentido religioso ou sacramental, uma vez que vigora no ordenamento pátrio o princípio da liberdade religiosa, em razão do qual o conceito de casamento religioso pode revestir-se de diversos significados.

Releva notar que a doutrina de direito de família menciona diversas seitas e religiões em que se tolera, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, *verbis*:

São exemplos de tolerância as Igrejas da Comunidade Metropolitana (Estados Unidos e Brasil), Associação Unitária Universalista (Estados Unidos), Igreja Unida (Canadá), Igreja para Todos, Igreja Cristã Contemporânea e Comunidade Cristã Nova Esperança (Brasil) etc. (GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. in. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. Coord. Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71).

Vale dizer, não é por essa ótica que se alcançará a uniformidade semântica do casamento.

Analisando o instituto por outro ângulo, é fato notório que o casamento, no Brasil, nas diversas fases da história do país, possuiu contornos diversos e também distintas funções na sociedade.

Antes da República, diante da parceria política até então existente entre Estado e Igreja Católica - que vinha desde o “descobrimento” -, o único modelo válido de casamento era o religioso, indissolúvel por essência e identificador exclusivo de uma família constituída.

Como noticia Arnoldo Wald, o Brasil, em matéria de casamento, esteve durante três séculos sujeito “às determinações do Concílio de Trento, e, portanto,

somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamento, que havia sido elevado à condição de sacramento” (WALD, Arnaldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 16 ed. 2006, p. 163).

Somente depois do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, de redação atribuída a Ruy Barbosa, é que o casamento passou a ter natureza civil.

O Código Civil de 1916 também manteve a sistemática segundo a qual a única forma válida de constituição de família era mediante o casamento. O seu revogado art. 229 dispunha que “criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”.

Em direção análoga era o § 4º, do art. 72 da Constituição de 1891, a Carta Republicana de 1934, art. 144, art. 124 da Constituição de 1937, art. 163 da Carta de 1946, EC n. 1 de 1969 (Constituição de 69), art. 175.

Os diplomas pretéritos revelaram, de forma enfática, que o foco de proteção estatal era o próprio casamento em si, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes desse núcleo (salvo a figura do marido), individualmente consideradas, tudo isso em detrimento de valores que posteriormente foram reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como a dignidade e igualdade de tratamento perante a lei.

Porém, em meados da década de 80, a realidade se impôs à ficção jurídica, e o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente e contrastante com o ordenamento então vigente, que se fez necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento – civil ou religioso –, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família.

Inaugura-se em 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar* em que *arranjos multifacetados* são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”.

Estabeleceu a Carta Cidadã, no *caput* do art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, sem ressalvas, sem reservas, sem “poréns”, quanto à forma de constituição dessa família.

Ou seja, o comando principal do artigo é a “proteção especial”, em si, independentemente da forma pela qual a família é constituída, porquanto por

trás dessa “proteção especial” reside a dignidade da pessoa humana, alçada, no texto constituinte, a fundamento da República (art. 1º, inciso III).

Por isso que, em seus parágrafos, o art. 226 da Constituição expõe, *exemplificadamente*, esses novos arranjos familiares, todos dignos da especial proteção do Estado.

Nesse ponto, vêm a calhar as palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Brito, na relatoria da ADPF n. 132-RJ, antes invocada, sobre a interpretação do art. 226 da CF/1988:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que *a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.* (grifado no original).

A bem da verdade, pela Carta de 1988, a família foi vista por um nova óptica, um “novo olhar, um olhar claramente humanizado”, cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros.

Essa mudança foi analisada na mencionada ADPF n. 132-RJ:

“O casamento é civil e gratuita a celebração”. Dando-se que “o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§§ 1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. *Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, literis: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional n. 1, de 1969).* É deduzir: se na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. (grifado no original).

4.3. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como

via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana.

Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade.

Assim,

Se casamento fosse o mesmo atualmente, como o foi nos últimos dois mil anos, seria possível casar-se aos doze anos de idade, com uma pessoa desconhecida, por via de um casamento "arranjado"; o marido ainda poderia vislumbrar a própria esposa como propriedade e dispor dela à vontade; ou uma pessoa poderia ser condenada à prisão por ter se casado com uma pessoa de raça diferente. E, obviamente, seria impossível obter um divórcio, apenas para citar alguns exemplos. (CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 199).

Com a transformação e evolução da sociedade, necessariamente também se transformam as instituições sociais, devendo, a reboque, transformar-se a análise jurídica desses fenômenos.

O direito é fato, norma e valor - qual clássica teoria tridimensional de Miguel Reale -, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico, à luz dos novos valores.

Deveras, a família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado.

É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso.

Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada “família”, muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica.

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

Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas.

O mais importante, não há dúvida quanto a isso, *é como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado* e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil.

Essa, segundo parece, deve ser exatamente a interpretação conferida ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, quando prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Não que a Carta Cidadã autorize o legislador infraconstitucional a destinar menos direitos, de forma voluntária, às uniões estáveis - para além dos *deficits* naturalmente existentes -, se comparados com os direitos próprios dos cônjuges casados.

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

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor *protege* a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos

núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

4.5. O sexo, entendido como gênero - e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos *objetivos fundamentais da República* - vale dizer, motivo da própria existência do Estado - “promover o *bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, *sexo*, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º, inciso IV, da CF/1988).

Constituindo um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da CF/1988), é bem de ver também que a dignidade da pessoa humana não é aumentada nem diminuída em razão do concreto uso da sexualidade das pessoas, salvo em casos justificadamente pré-estabelecidos pelo direito, notadamente quando a própria sexualidade é manejada no desiderato de negar a dignidade e a liberdade sexual de outrem, como ocorre no caso de crimes sexuais.

De mais a mais, a sexualidade da pessoa encontra-se abrigada naqueles recônditos espaços morais, desde logo gravados pela Constituição com a cláusula da inviolabilidade, quais sejam a intimidade e a vida privada, ambas, no mais das vezes, exercitadas também em um espaço tido constitucionalmente como “asilo inviolável”.

Nessa linha, a chamada Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) reconheceu a imprestabilidade da orientação sexual como fator determinante à configuração de violência doméstica e, por consequência, à proteção conferida pelo Estado à família e à dignidade da pessoa humana:

Art. 2º Toda mulher, *independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual*, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

[...]

Art. 1º

[...]

Parágrafo único. *As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.*

Nesse particular, socorro-me, mais uma vez, dos fundamentos contidos no voto proferido pelo eminente Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADPF n. 132:

[...] a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.

[...]

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem a mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.

[...]

[...] nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.

[...]

a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. (grifado no original).

No mesmo sentido, sob a égide do paradigma formado no precedente acima citado, o STF explicitou que o julgamento proferido pelo Pleno, na ADPF n. 132-RJ, “proclamou que ninguém, *absolutamente ninguém*, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual” (RE n. 477.554 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16.8.2011, DJe).

No mesmo passo, asseverou o eminente relator:

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que

exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual.

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integrem a comunhão nacional.

De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a auto afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias.

Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença.

Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226).

É importante ressaltar, ainda, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

5. Portanto, retomando o curso do raciocínio, fincado nessas premissas, tenho que a interpretação conferida pelo acórdão recorrido aos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, observada a máxima vênua, não é a mais acertada.

Os mencionados dispositivos não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

Valho-me, para o caso em apreço, dos mesmos fundamentos utilizados para desempatar o julgamento do REsp n. 820.475-RJ, no qual se discutia a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Acolheu-se, naquele julgamento, o princípio geral de que, inexistindo vedação expressa na lei ou na Constituição, descabe cogitar-se de impossibilidade jurídica do pedido.

Em síntese, *mutatis mutandis*, foram os seguintes os fundamentos condutores do voto:

[...]

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

[...]

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º).

De resto, é interessante notar que, se às uniões homoafetivas opunha-se o óbice da literalidade do art. 226, § 3º, CF/1988, que faz expressa referência a “homem e mulher”, é bem de ver que não há a mesma alusão quando a Carta trata do casamento civil (226, § 1º).

Ademais, como vem sendo amplamente noticiado pela imprensa, algumas uniões estáveis homoafetivas estão sendo convertidas em casamento, exemplo do fato ocorrido no Município de Jacareí-SP.

5. Do mesmo modo como ocorreu depois do julgamento da ADPF n. 132-RJ e da ADI n. 4.277-DF, pela Suprema Corte, não faltarão vozes para arguir o ativismo judicial do Superior Tribunal de Justiça, caso o entendimento ora proposto seja referendado pelo Colegiado da Quarta Turma.

Em crítica à decisão do STF, afirmou-se, por exemplo, que “[a] tradição existe por algum motivo e não deve ser mudada pelo voto de um pequeno grupo,

mas pela consulta ao grande público ou através de seus representantes, eleitos para isso” (DOUGLAS, William. *Dois Surdos – Os religiosos e o movimento gay*. Revista Jurídica Consulex, São Paulo: Consulex, 2011 (345): p. 46-47, 1º.6.2011).

O próprio acórdão recorrido afirmou que “a hipótese ventilada não prescinde de discussão parlamentar”, já que o ativismo judicial “nem sempre se traduz nas reais aspirações da sociedade”.

Não impressiona, contudo, a tese de que a matéria deve ser apreciada, por primeiro, pelo Congresso Nacional, sobretudo para avaliar se há “aceitação social” do casamento homoafetivo.

Sem hesitar, é de encontrar resposta negativa a indagação formulada por Ronald Dworkin, segundo a qual “será que uma ‘maioria moral’ pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?” (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645).

De fato, a Constituição Federal, em seu preâmbulo, evoca o “povo” como legitimador do poder – “Nós, representantes do povo brasileiro [...]” –, seguindo-se que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único).

Porém, se o povo é a figura central da democracia, cumpre indagar quem é o povo? (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

Isso porque o regime representativo – que possui como fonte de poder o “povo” – não é necessariamente um regime democrático. Vale dizer, pois, que pode ocorrer “representação” sem democracia, e democracia sem “representação”, como aconteceu a partir da Constituição Francesa de 1791, cujos eleitos governavam “de costas voltadas para o corpo político, para o eleitorado, para aquela coletividade democrática, contemporaneamente conhecida pelo nome de povo” (BONAVIDES, Paulo. O regime representativo e a democracia. *Revista de Direito Público*. RDP 3/99. jan.-ma/1968).

Nesse passo, importa ressaltar que “povo” – que é sempre a base de toda democracia – é conceito plurívoco, que não exprime identidade com a ideia de maioria da população votante.

É que a democracia é forma de governo cujo acesso ao poder é estabelecido pela maioria, mediante técnicas diversas, mas que, de forma nenhuma, deve isso significar que o exercício do poder tenha como destinatário essa maioria legitimadora do acesso ao poder.

O “estado de direito” só é genuinamente “democrático” se o é em seu conteúdo, e não somente em sua forma.

É dizer: o problema da legitimação democrática possui dimensão mais elástica e, por isso mesmo, nem sempre se resolve singelamente pela regra majoritária, a qual se presta, no mais das vezes, a justificar apenas o acesso ao poder.

Não fosse por isso, não se explicaria a razão de as ações do Estado dever prestigiar também os não votantes, como, por exemplo, as crianças, os presos, os eleitores facultativos e, de resto, as minorias vencidas pelo voto.

O problema da legitimação democrática só é bem analisado pela lente da universalização das prescrições do Estado, o qual será legitimado quando considerado o povo não apenas como a fonte do poder, mas também como o destinatário de suas ações, ou como a “totalidade dos atingidos pela norma”, e, em razão disso, algo bem diferente da maioria votante, como explica Friedrich Müller:

Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como “demo”cracia.

[...]

Esse padrão se repete: o povo não é apenas - de forma indireta - a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como - de forma direta - por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo. Nesse sentido ampliado, vale o argumento também para os não eleitores, e igualmente para os eleitores vencidos pelo voto (tocante ao direito eleitoral fundamentado no princípio da maioria) ou para aqueles cujo voto foi vitimado por uma cláusula limitadora. (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 p. 53-56).

Essa visão distorcida do que seja democracia - como sendo o governo da maioria - também foi pontuada por Ronald Dworkin, ao criticar processos políticos que, embora formalmente democráticos, relegavam ao ocaso minorias sociais destituídas de expressão político-eleitoral, como foi o caso dos negros e homossexuais, em determinado momento da história dos Estados Unidos.

Confira-se o magistério do filósofo americano, em seu clássico *A Virtude Soberana*:

A hipótese do processo político justo também é duvidosa quando o grupo que perde foi vítima histórica de um preconceito ou estereótipo que torna provável que seus interesses sejam desprezados pelos eleitores.

[...]

Em primeiro lugar, o grupo pode ser tão marginalizado financeira, social e politicamente, que lhes falem meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, assim, não exercer o poder nas urnas, ou em alianças ou barganhas com outros grupos, que se esperaria que o número de componentes do grupo fosse capaz de produzir. Em segundo lugar, pode ser vítima de vieses, preconceitos, ódios ou estereótipos tão graves que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, de outros grupos (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 654-656).

Definitivamente, como bem asseverou Fábio Konder Comparato, no prefácio da obra de Friedrich Müller, a soberania popular não é absoluta, quanto ao exercício do poder e aos destinatários das ações públicas, de modo que a regra da maioria não pode se afastar do fato de que “o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas” (*Op cit.* p. 22).

Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão.

Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias.

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

7. Nesse campo, a bem da verdade, o Brasil ainda caminha a passos lentos para o reconhecimento legal dos direitos dos pares homoafetivos, contrariamente ao que fizeram diversos países que se adiantaram no reconhecimento legal ou do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou das chamadas “parcerias domésticas” entre homossexuais, em alguns países chamadas uniões registradas, parcerias registradas, acordos de beneficiários ou ainda beneficiários recíprocos.

São exemplos de países que reconheceram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: Argentina, África do Sul, Holanda, Bélgica, Suécia, Canadá, Espanha, Portugal e em diversas unidades federativas dos Estados Unidos, como nos Estados de Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, Connecticut, Iowa e Vermont.

Particularmente interessantes - apenas para ficarmos em poucos exemplos - são as situações de Portugal e do Estado de Massachusetts/EUA.

Em Portugal, antes da Lei n. 9-XI de 2010, o Código Civil, art. 1.577º, dispunha que:

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

O art. 1.628º, alínea e, do mesmo Diploma dispunha que:

É juridicamente inexistente:

[...]

O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo.

Porém, a Lei n. 9-XI, de 2010, reconheceu explicitamente a possibilidade de parceiros do mesmo sexo contraírem casamento civil, alterando o regramento do instituto nos seguintes termos:

Art. 1º. Objectivo

A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º. Alterações ao regime do casamento.

Os arts. 1.577º, 1.591º e 1.690º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção:

“Art. 1.577º. [...]

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendam constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

[...]

Art. 4º. Norma revocatória

É revogada a alínea e) do art. 1.628º do Código Civil.

Art. 5º. Disposição final

Todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do gênero dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no art. 3º.

A mencionada lei foi posta ao crivo preventivo de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Português, decidindo aquela Corte pela improcedência das dúvidas quanto à constitucionalidade do ato, notadamente tomando-se por parâmetro o art. 36º, n. 1, da Constituição Portuguesa (Cf. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 213).

Em Massachusetts/EUA, houve reconhecimento judicial da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo a Suprema Corte daquele Estado decidido que as licenças para casamento civil deveriam ser concedidas também aos pares homoafetivos, determinando-se que as leis existentes sobre casamento fossem tornadas neutras quanto ao gênero.

Transcrevo parte dos fundamentos do voto da Juíza Magaret Marshall, da Corte de Massachusetts, no julgamento paradigma, deixando claro a presidenta da Corte que não seria partidária de nenhuma posição moral ou religiosa sobre o tema:

Muitas pessoas têm sólidas convicções religiosas, morais e éticas de que o casamento deveria limitar-se à união de um homem e uma mulher e de que a conduta homossexual é imoral. Muitas têm convicções religiosas, morais e éticas igualmente sólidas de que pessoas do mesmo sexo têm direito a se casar e de que casais homossexuais deveriam receber o mesmo tratamento dado a casais heterossexuais. Nenhuma dessas opiniões responde à questão que temos diante de nós. Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não impor nosso próprio código moral. (*Apud*. SANDEL, Michael J.. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 318).

Continuando a fundamentação, a Juíza Marshall aduziu que a exclusão do casamento aos pares homossexuais é incompatível com o “respeito à autonomia e à igualdade dos indivíduos aos olhos da lei”. Assim, a liberdade de “escolher se casar e com quem se casar seria vã” se o Estado pudesse “tolher os direitos do indivíduo de escolher livremente a pessoa com quem ela queira compartilhar um compromisso exclusivo”. Com efeito, a questão – defende Marshall – não é o valor moral da escolha, mas o direito de o indivíduo de fazê-la, ou seja, o direito de os reclamantes “de se casar com o parceiro escolhido” (SANDEL, Michael J. *Op. cit.* p. 318).

Quanto aos traços marcantes do casamento, a Juíza Magaret Marshall também acolhe o entendimento de não ser a fertilidade condição para a realização do casamento, “é o exclusivo e permanente comprometimento dos parceiros entre si, e não a concepção de filhos, o *sine qua non* do casamento” (*Ibidem*, p. 320).

Em arremate, afirma que restringir o casamento aos heterossexuais “confere um selo oficial de aprovação do estereótipo destrutivo de que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são inerentemente instáveis e inferiores às uniões entre sexos opostos e não merecedores de respeito” (*Ibidem*, p. 321).

Finalmente, é importante noticiar que a Suprema Corte de Massachusetts concedera ao Poder Legislativo local o prazo de 180 dias para adequar a legislação à decisão ora em comento. Durante o prazo, o Senado de Massashusetts formulou consulta indagando se seria possível cumprir a decisão criando uma “união civil” para os homossexuais, que lhes atribuisse direitos e responsabilidades equivalentes aos previstos para os cônjuges casados.

A resposta negativa da Suprema Corte ao pretenso eufemismo legislativo foi, deveras, emblemática, como bem noticia Daniel Sarmiento, cujos excertos, no que interessa, transcrevem-se abaixo:

A proibição absoluta do uso da palavra “casamento” pelos “cônjuges” do mesmo sexo é mais do que semântica. A diferença entre as expressões “casamento civil” e “união civil” não é inócua; trata-se de uma escolha lingüística que reflete a atribuição aos casais do mesmo sexo, predominantemente homossexuais, um *status* de segunda classe (...) A Constituição de Massachusetts, como explicado no caso Goodridge, não permite esta odiosa discriminação, não importa quão bem intencionada seja. (SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. in. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 8, vol. 32, outubro a dezembro de 2007, p. 43).

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

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Extrai-se do voto do Ministro Celso de Mello, na ADIn n. 4.277, que decidiu o Supremo Tribunal Federal, “com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo”.

Se o Supremo, intérprete máximo da Constituição, estabeleceu que a menção a “homem e mulher”, no art. 226, § 3º, da CF, não exclui, da abrangência do instituto da união estável, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pelo mesmo motivo, a referência a “homem e mulher”, no art. 1.514, do Código Civil, não pode ser interpretado com esta restrição, afirmada inconstitucional pelo STF. O Direito é um sistema lógico e as normas legais devem ser interpretadas em consonância com os parâmetros assentados pelo Supremo, no controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, se a Constituição, segundo a leitura vinculante do STF, estabelece o direito dos conviventes homossexuais à união estável, afirmando, ainda, o art. 226, § 3º, que a lei deve facilitar sua conversão em casamento, não há como se lhes negar essa conversão (ou, pelos menos motivos, a celebração diretamente do próprio casamento), na linha do disposto no art. 1.726, do Código Civil, segundo o qual “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.”

No sistema da Constituição vigente, a união estável é protegida, mas deve ser estimulada a sua conversão em casamento. Isso porque o regime legal do casamento destina-se a proteger mais eficientemente não somente os cônjuges – oficializando-lhes a união e dispensando-lhes qualquer outra prova do estado familiar – mas também a sociedade, na medida em que todos os que com eles convivem e contratam ficam cientes do estado civil respectivo, o que tem implicações patrimoniais relevantes, no âmbito do regime de bens do casal, da economia familiar, do direito sucessório, do regime de impedimentos legais (para fins processuais e eleitorais, por exemplo), dos direitos perante o Estado, notadamente o sistema de previdência social, e também no que concerne aos interesses de eventuais credores, presentes e futuros.

Em face do exposto, acompanho o voto do Relator, para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos, determinando o prosseguimento do processo de habilitação, salvo se houver outro impedimento ao matrimônio.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, inicialmente, cumprimento Vossa Excelência pelo primoroso voto apresentado e destaco a qualidade da sustentação oral produzida pelo advogado, Dr. *Paulo Roberto Lotti Vecchiatti*. Cumprimento também os eminentes Ministros *Raul Araújo* e *Maria Isabel Gallotti* pelas elevadas e criteriosas considerações oferecidas em seus votos.

A lei e a jurisprudência têm procurado ao longo do tempo ampliar os conceitos sobre a união estável de modo a conferir a ela, em vários aspectos, a mesma extensão e a segurança jurídica do casamento.

A Constituição de 1988 – a Constituição Cidadã – reconheceu a união estável como entidade familiar. Mas, conforme se destacou da tribuna e também registrou a eminente ministra Maria Isabel Gallotti em seu voto, ainda existem repercussões decorrentes das diferenças entre a união estável e o casamento, sobretudo de ordem patrimonial, embora no Código Civil de 2002 o legislador tenha dado guarida às uniões estáveis sem casamento. Isso ocorre, particularmente, no que concerne ao regime de bens e no âmbito do direito sucessório em relação ao cônjuge viúvo.

Senhor Presidente, Vossa Excelência destacou em seu voto (na página 12) que é o casamento civil o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias. Por isso, conforme Vossa Excelência também destacou, o artigo 226,

parágrafo terceiro, da Constituição Federal prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em histórico julgamento de 5 de maio deste ano, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, dando interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Entendo que os fundamentos determinantes que respaldaram essa decisão também são aplicáveis ao casamento.

A Constituição Federal, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, não restringe o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como unidade familiar. Não cabe, pois, ao STJ, em decorrência dos mesmos princípios e valores constitucionais invocados pelo Supremo Tribunal Federal, oferecer restrições ao exercício de direitos pelos homoafetivos, previstos na legislação infraconstitucional, próprios da relação jurídica heteroafetiva, onde se inclui o direito ao casamento e à segurança jurídica que dele advém.

Essa matéria, sem dúvida, enseja incontáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais e o ideal seria que o legislador aprimorasse a correspondente construção legal a propósito do assunto, considerando o atual estágio social e os princípios e valores que nortearam a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união estável homoafetiva.

No entanto, enquanto isso não ocorre, não se pode prejudicar o jurisdicionado. Nessas condições, cabe a este Superior Tribunal de Justiça decidir o caso concreto, em face da legislação infraconstitucional, de modo coerente e harmônico com a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, levando em conta seus reflexos no âmbito da lei civil (Código Civil, Lei de Registros Públicos, legislação eleitoral, dentre outros diplomas).

Em tais circunstâncias, Senhor Presidente, cumprimentando-o mais uma vez pelo primoroso voto, acompanho Vossa Excelência, dando provimento ao recurso especial, nos termos de sua decisão.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Raul Araújo: A controvérsia inserta no recurso especial cinge-se à análise da viabilidade de pedido de habilitação para casamento civil, formulado por duas pessoas do mesmo sexo, as quais sustentam que essa

situação não estaria elencada entre as causas de impedimento ao matrimônio, previstas no art. 1.521 do Código Civil de 2002.

O pedido foi recusado nas instâncias ordinárias, atentos os órgãos julgadores para o fato de que os dispositivos legais que tratam do casamento civil (CC/2002, arts. 1.511 a 1.570), especialmente os arts. 1.514, 1.535 e 1.565 do CC/2002, empregam expressamente os termos “homem” e “mulher”.

Do mesmo modo, vê-se que a Carta da República, fazendo referência expressa a “homem” e “mulher”, quando trata da união estável, consagra as seguintes espécies de entidades familiares: (I) aquela formada com o casamento civil (CF, art. 226, §§ 1º e 2º); (II) a decorrente de união estável (CF, art. 226, § 3º); e (III) as chamadas famílias monoparentais, ou seja, as constituídas por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º).

Diante de tais previsões constitucionais, não se mostra viável, mediante atuação restrita ao âmbito legal, pretender resolver em sede de recurso especial a questão ora sob exame, pois não se poderia aqui sanar omissão ou interpretar normas que, na essência, revelam-se de cunho eminentemente constitucional, sujeitas, portanto, ao crivo da egrégia Corte Suprema.

De fato, a compreensão, ou não, da relação homoafetiva como susceptível de formar uma das mencionadas entidades familiares admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, no caso com a possibilidade de aplicação das normas inerentes ao instituto do “casamento civil”, ou a necessidade ou possibilidade de criação de uma nova entidade familiar, além daquelas previstas no texto constitucional, depende de digressão no conteúdo normativo e principiológico da própria Lei Fundamental.

É que as leis civis, quanto ao tema, apenas cumpriram papel regulamentador das normas constitucionais, disciplinando as espécies de entidades familiares expressamente reconhecidas pela Carta de 1988. A atuação do legislador, até esta parte, limitou-se, no plano infraconstitucional, ao estabelecimento de normas aplicáveis às entidades familiares reconhecidas como tais pela Magna Lei. Parece ter entendido que não havia como ir além das espécies previstas no texto constitucional, por serem as únicas explicitamente autorizadas.

Destarte, eventual omissão somente pode ser sanada por interpretação ou integração de normas e princípios insertos na Constituição Federal e, assim, está para além do alcance do Superior Tribunal de Justiça, incumbido da uniformização e interpretação do direito infraconstitucional, o conhecimento do presente recurso especial, cujo mérito traduz tema que passa, necessariamente,

pela antecedente análise de normas e princípios constitucionais. A exegese do tema é, preponderantemente, extraída da própria Constituição Federal, e não das normas infraconstitucionais invocadas. E foi o que, *data venia*, impropriamente, fez o eminente Relator em seu bem elaborado voto.

O próprio egrégio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento conjunto da ADI n. 4.277-DF e da ADPF n. 132-RJ – as quais tratavam do reconhecimento de união estável homoafetiva como entidade familiar –, registrou claramente a proeminência da questão constitucional, como se constata de trechos dos votos proferidos por seus eminentes Ministros.

A título exemplificativo, cito:

(i) o eminente Relator, Ministro **Ayres Britto**, que diz, em seu voto: “Desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes em ambas as ações. Pedido de ‘interpretação conforme à Constituição’ do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto *nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família*” (grifo nosso);

(ii) trecho do voto do eminente Ministro **Celso de Mello**: “Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – que já se mostra impregnado de densa significação histórica –, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não-discriminação, que representa, fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática”;

Ademais, transcrevo trecho da ementa:

3. *Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão*

“família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. *Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.* (grifo nosso).

Consideradas essas premissas estabelecidas pela própria colenda Corte Suprema, parece confirmar-se o entendimento de que, em última instância, a interpretação da norma infraconstitucional, na espécie sob exame, fica a depender da prévia compreensão acerca dos preceitos constitucionais relacionados, que se sobrepõem.

No presente recurso especial, esta eg. Quarta Turma acha-se instada a dizer da possibilidade de se aplicar os regramentos normativos relativos ao instituto do “casamento civil” à relação homoafetiva, fazendo previamente obrigatórias digressões no âmbito constitucional, para dali, e somente dali, ou seja, da Constituição Federal, extrair interpretação de normas e princípios que solucionem a lide. Sabe-se, no entanto, que ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, na via do recurso especial, a Carta Magna reservou a competência para dirimir conflitos com base em interpretação de normas infraconstitucionais (CF, art. 105, III). Ao colendo Supremo Tribunal Federal (arts. 102, 103 e 103-A) foi que incumbiu de interpretar as diretrizes constitucionais a respeito de qualquer temática.

No julgamento do presente recurso especial, entendendo atuar sob efeito vinculante decorrente das decisões proferidas nas referidas ADI n. 4.277-DF e ADPF n. 132-RJ, esta colenda Corte de Justiça, na realidade, está interpretando indevidamente aqueles acórdãos e, possivelmente, ampliando o conteúdo daqueles julgados do Pretório Excelso naqueles feitos. Ali, reconheceu-se a possibilidade de haver união estável entre duas pessoas do mesmo sexo,

enquanto aqui se está deliberando acerca de um outro instituto, o casamento civil, o qual não é um mero consectário ou apêndice (acessório) de uma união estável. O tradicional e milenar casamento civil e a inovadora e recente união estável são institutos jurídicos independentes, com previsões constitucionais e regramentos próprios.

Ter-se-ia observância de efeito vinculante caso o presente recurso especial tratasse de ação cujo mérito discutisse algum consectário de união estável homoafetiva, como, por exemplo, o regime de bens dessa união, a possibilidade de os companheiros fazerem em conjunto a declaração de ajuste anual de imposto de renda, o pagamento de pensão alimentícia, enfim, qualquer tema ligado a efeito ou atributo da união estável homoafetiva reconhecida pelo Supremo Tribunal. Mas não é isso. O que se tem aqui é a discussão em torno da possibilidade de haver casamento civil entre duas pessoas de mesmo sexo. E sobre esse tema, parece, a egrégia Corte Suprema nada deliberou, por ocasião do julgamento daquelas ações constitucionais.

Então, não se está aqui apenas aplicando o efeito vinculante decorrente daquelas decisões, mas pretendendo dar-se a uma decisão do eg. Supremo Tribunal Federal uma interpretação legítima, o que, no entanto, transborda dos limites de competência do colendo STJ. Qualquer eventual segura interpretação no sentido de que aquelas decisões alcançariam também o instituto do casamento civil, que tem previsão constitucional própria, merece ser dada apenas pela eg. Corte Suprema.

Ressalte-se, por oportuno, que os eminentes *Ministros Ricardo Lewandowski* e *Gilmar Mendes*, naqueles julgamentos, advertiram a eg. Suprema Corte quanto às ilações que poderiam ser feitas a partir da extensão de *todos* os efeitos da união estável heteroafetiva às homoafetivas, inclusive quanto à questão da facilitação da conversão da união estável em casamento.

A respeito do tema, ponderou o eminente *Ministro Ricardo Lewandowski* que as ações deveriam ser julgadas procedentes “para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, *excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício*, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações” (grifo nosso).

No mesmo diapasão, salientou o eminente Ministro *Gilmar Mendes*:

Destaco que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do eminente Ministro Relator Ayres Britto quanto ao resultado deste julgamento, embora

esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação de seu voto, ou pelo menos algumas explicações em relação à divergência de minha fundamentação.

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, § 3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso.

Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas – evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível.

Até porque também tenho certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas.

O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque, quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, certamente começamos a ver que pretender regular isso, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de nos perdermos, produzindo lacunas.

Apenas a título de exemplo, surgem desde logo diversas indagações. Qual seria a repercussão da decisão em relação às questões de filiação e da facilitação da conversão da união estável entre homem e mulher em casamento? Da mesma forma, no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, também há deveres e restrições a todos impostos, que deverão ser considerados. É o caso da aplicação das regras de vedação ao nepotismo, por exemplo. Em relação à legislação eleitoral, também se exige a adequação dessa nova realidade, como antes mencionei, para causas de inelegibilidade. O reconhecimento da união homoafetiva como instituição familiar equiparada para todos efeitos à união estável entre homem e mulher

suscitaria ainda, a reflexão de sua repercussão no âmbito penal. Essas questões, *mutatis mutandis*, também afligem os próprios cultores do Direito Comparado. Eu me lembro de que estava em Portugal quando foi promulgada a lei do casamento de pessoas do mesmo sexo e lá houve a restrição quanto à adoção. Sistemas diversos têm dado disciplinas específicas ao tema. Há outro recente exemplo: a lei recente da Argentina que aprovou o casamento de pessoas do mesmo sexo, que contém – claro que trata de todo tema do matrimônio – nada mais, nada menos do que quarenta e dois artigos.

O que busco enfatizar aqui, de qualquer forma é que, ao fazermos simplesmente uma equiparação irrestrita, podemos acabar, também, por equiparar desde logo situações que vão revelar diversidades. As escolhas aqui são de fato dramáticas e difíceis.

Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicativos pelo ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável – naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. (grifo nosso).

Destarte, o alcance da presente decisão transborda do âmbito do recurso especial, pois está para além dos limites do exame de norma infraconstitucional. Por isso, entende-se que somente o egrégio Supremo Tribunal Federal, seja dando eventual extensão interpretativa às decisões proferidas naquelas citadas demandas, seja interpretando a Carta Magna, em sede de recurso extraordinário ou de ação constitucional, poderá deliberar sobre o mérito do presente recurso.

Pelas razões expostas, pedindo vênias ao ilustrado Ministro Relator e aos eminentes Ministros que o acompanham, entendo que não deve ser conhecido este recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou a habilitação a casamento de duas mulheres, fazendo-o ante a ausência de norma legal que preveja a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, omissão essa, segundo a Corte Local, não suscetível de suprimento pelo Poder Judiciário sob pena de violação ao princípio da tripartição dos poderes (art. 2º, da CF).

O eminente relator, Min. Luis Felipe Salomão, *votou no sentido de prover o recurso, admitindo a continuidade do procedimento de habilitação*, no que restou acompanhado pelos demais integrantes desta Colenda Turma, os Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antônio Carlos Ferreira.

Não obstante o brilho dos votos dos colegas, senti-me na contingência de formular o pedido de vista, não por divergir quanto ao mérito da solução adotada pela já assentada maioria da Turma, mas para buscar conforto e segurança no tocante às questões atinentes à competência desta Turma para conhecer da matéria, notadamente em virtude da forte carga constitucional necessária para que se empreste provimento ao recurso.

Passo ao meu voto.

1 - Matéria Constitucional – Art. 2º da CF – Inexistência de prejudicialidade

O primeiro tema que me chamou à atenção na sessão em que se deu o início do julgamento deste recurso especial adveio do fundamento utilizado pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, para negar o pedido de habilitação. No caso, desprovendo a apelação, referiu-se aquela Corte local à ausência de comando legal que ampare o pedido de casamento de pessoas do mesmo sexo e, mesmo nutrindo os julgadores do órgão fracionário simpatia pela ideia de admitir a consagração da união oficial entre pessoas do mesmo sexo, a rejeitaram por entender que apenas o Poder Legislativo deteria tal prerrogativa. Em amparo a essa conclusão, houve invocação ao art. 2º da Constituição Federal, cujo conteúdo estabelece o curial princípio da separação entre os três poderes da República.

Diante disso, poder-se-ia indagar se a matéria constitucional ali suscitada não constituiria questão prejudicial, a atrair a aplicação do art. 543, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, que faculta ao Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do relator do recurso especial, remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal, para prévio julgamento do recurso extraordinário.

E, após reflexão, somente posso concluir pela resposta negativa.

Primeiro, porque a matéria discutida na ação e, por consequência, no presente recurso especial, reside essencialmente *na tese de violação a artigos do Código Civil, que disciplinam o casamento à luz das diretrizes de cunho genérico dispostas no art. 226 da CF*.

A menção ao artigo 2º da CF pela Corte de origem é meramente retórica, justo que as autoras desta ação não buscam a concessão de direito subjetivo desprovido de densidade normativa ou a elas vedado pelo ordenamento jurídico; ao revés, pretendem apenas o reconhecimento de que direitos, atualmente consagrados somente aos casais heterossexuais, sejam-lhe estendidos, mediante interpretação extensiva das normas que regem o casamento civil.

Ademais, a omissão do Legislativo, por si só, não acarreta a improcedência do pedido ou permite a negativa de prestação jurisdicional. Basta lembrar o que dispõe o art. 126 do CPC (*“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”*).

Isso é: verificando a inexistência de suporte jurídico ao pedido, basta ao juiz rejeitá-lo com base no art. 269, I, do CPC, sendo totalmente despicienda a invocação do art. 2º da CF quando da prestação jurisdicional de resposta negativa ao pedido. Do contrário, em todo julgamento de improcedência em que o togado fundamentasse sua decisão na falta de respaldo legal, estaria a parte, então, obrigada a questionar o art. 2º da CF para reverter a decisão, o que soa absurdo.

Tocante à menção, no aresto de origem, acerca do art. 226 da CF, também não se vislumbra a necessidade de aguardar julgamento do recurso extraordinário. Vale lembrar que, em âmbito constitucional, a única disposição acerca do casamento não proíbe nem autoriza que ele seja realizado entre pessoas do mesmo sexo, trazendo o parágrafo primeiro do art. 226 a mera enunciação de que “o casamento é civil, e gratuita sua celebração”, concluindo-se, assim, que o dispositivo ***traz conteúdo totalmente aberto, deixando a cargo do legislador ordinário conformar-lhe o respectivo conteúdo.***

A par disso, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 132 (convertida em ADIN), procedeu à exaustiva análise do mencionado dispositivo, podendo se extrair dessas premissas a conformação constitucional a ser obedecida na interpretação das normas infraconstitucionais.

Nesse panorama, a análise do art. 226 da CF, neste caso concreto, não é primordial em relação ao exame dos artigos infraconstitucionais que disciplinam o casamento, uma vez que a leitura de tal dispositivo já foi devidamente realizada pela Corte Suprema, nada impedindo, ademais, que, após o presente julgamento, seja o recurso extraordinário enfrentado pelo STF, porquanto a interpretação a

ser aqui conferida aos dispositivos do Código Civil poderá lá ser questionada em confrontação ao mencionado dispositivo constitucional.

Em função disso, não vislumbro, como também não vislumbraram os eminentes colegas, eventual prejudicialidade do julgamento do recurso extraordinário em relação ao presente recurso especial.

2 – Afetação à Corte Especial – Impropriedade

A segunda temática, que impulsionou meu pedido de vista, diz com suposta necessidade de declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso, dos dispositivos que normatizam o casamento civil, por traduzirem eventual óbice ao acolhimento do pedido deduzido nesta ação. Nessa conjuntura, despontaria a incompetência deste órgão fracionário para prosseguir no julgamento, ante a cláusula de reserva de plenário inscrita no art. 97 da CF, matéria que também é alvo da Súmula Vinculante n. 10 do STF.

Todavia, novamente aqui a resposta é negativa.

Para que se dê provimento ao recurso especial não é necessário diminuir o alcance de qualquer dispositivo do Código Civil, mas apenas alargar-lhes a abrangência. É dizer, não constitui pressuposto, para admitir o casamento civil entre casal homoafetivo, afastar a vigência de qualquer dispositivo legal, porquanto em diploma algum de nosso ordenamento jurídico existe uma norma que vede expressamente essa união.

Existe, é verdade, um conjunto de normas que disciplina o casamento entre casal heterossexual, entretanto, em nenhum momento esse mesmo ordenamento estabelece regra específica enunciando que somente será admitido o casamento para pessoas de sexo diverso, tampouco que proíba pessoas do mesmo sexo em contrair o casamento.

Logo, permitir o prosseguimento do pedido de habilitação não depende da declaração de inconstitucionalidade propriamente dita de artigos do Código Civil.

Usa-se, aqui, a técnica da interpretação extensiva, inspirada na exegese dada pelo STF ao artigo 226 da CF, ampliando o alcance desses mesmos artigos que já disciplinam o casamento heterossexual, de modo a entender cabida a mesma proteção jurídica a eles dispensada também aos casais homoafetivos.

Essa interpretação ampliativa detém forte amparo jurídico, justo que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF n. 132-RJ

(convertida em ADIN), ao interpretar o art. 1.227 do CC (que trata da união estável entre casais homoafetivos) à luz do disposto no art. 226 e seus parágrafos da CF, externou, em decisão dotada de efeitos *erga omnes*, a firme compreensão de que a Carta Máxima veda discriminação que tenha por pressuposto a orientação sexual do indivíduo. Reconheceu, assim, com base na técnica de interpretação conforme à constituição, a higidez da união estável entre casais homoafetivos nos mesmos moldes e termos daquela referente aos casais heterossexuais.

Ora, se o Supremo Tribunal Federal ditou o exato conteúdo do art. 226 da Constituição Federal, vedando distinção jurídica entre casais em razão de sua orientação sexual, por óbvio que todo e qualquer diploma infraconstitucional deverá ser reinterpretado em consonância ao decido pela Corte Suprema.

Ou seja, a nova orientação constitucional causa impacto direto e imediato em todos os diplomas de inferior hierarquia em vigor no ordenamento jurídico.

Isso possibilita aos órgãos fracionários dos Tribunais, valendo-se exatamente daquela mesma linha de exegese constitucional, declarar o novo alcance dos dispositivos legais que tratam do assunto, sem violação à cláusula de reserva de plenário, ***sobretudo por não deter referida orientação caráter negativo e sim extensivo.***

Sobre o tema, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o exercício de interpretação conforme à Constituição de dispositivos infraconstitucionais não reclama a reserva de plenário, por não importar em total supressão de incidência da norma:

Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). “Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição (...)” (cf. RE n. 184.093, Moreira Alves, DJ 5.9.1997).

No mesmo rumo, esta Corte tem assentado:

A interpretação extensiva da norma infraconstitucional efetuada pelos órgãos fracionários que compõem o Superior Tribunal de Justiça não se confunde com a declaração de inconstitucionalidade, que requer rito próprio, nos termos do art. 97 da Constituição Federal (AgRg no REsp n. 1.237.371-RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 9.8.2011, DJe 15.8.2011).

Logo, como não se trata de afastamento de incidência das normas que disciplinam o casamento civil, mas sim de ampliação de seu alcance, à luz de interpretação dada pelo STF ao art. 226 da CF, torna-se impróprio cogitar em remeter a questão à Corte Especial deste STJ.

3 – Afetação à Seção – Discricionariedade

Outro ponto que chamou à atenção deste signatário condiz com eventual afetação da matéria, para que seja julgada diretamente pela 2ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça, o que se afigura possível ante o teor do artigo 14, III, do RISTJ.

Tal providência, entendo, seria de suma importância, tendo em conta a relevância da matéria em jogo, a qual tem o condão de repercutir diretamente na vida de milhares de pessoas que se estejam em situação jurídica idêntica, gerando uma verdadeira corrida ao judiciário para regularização das uniões estáveis já existentes e, quiçá, a celebração originária de casamentos.

Ainda se desconhece a orientação que eventualmente poderá vir a ser seguida pela Terceira Turma desta Casa, sendo que eventual divergência daquele órgão fracionário quanto à linha de decisão aqui e agora adotada potencializaria grave insegurança jurídica em âmbito nacional, o que, se possível, deve ser evitado, mormente em sede de assunto que afeta tão fortemente o íntimo e o próprio cotidiano dos interessados.

Não desprezo a orientação “política” de nossa Turma, na esteira de somente levar para julgamento ante a Seção matérias sobre as quais já haja um mínimo número de decisões em idêntico sentido.

No entanto, a relevância da temática sugere a quebra dessa nossa praxe, porquanto não se está aqui lidando com assuntos cotidianos, de cunho meramente patrimonial. Em realidade, o assunto aqui tratado envolve a felicidade, a vida privada, o *status* social e o estado civil de milhares de pessoas.

Por isso, a definição do assunto, desde logo, pelo órgão responsável por ditar a palavra final em legislação infraconstitucional de direito privado no Brasil deteria, inegavelmente, muito mais força e geraria muito maior segurança jurídica a todos, do que a decisão tomada isoladamente na Turma, além de permitir, em um colegiado maior, a troca de ideias e discussão mais abrangente do tema, a formar uma conclusão judicial dotada de insuperável autoridade e uniformidade.

De toda sorte, ainda que, quanto ao mérito, entenda no mesmo sentido já externado pelos eminentes pares, todavia, lanço ao exame desse colegiado a questão acima suscitada.

4 – Mérito

Superadas as considerações iniciais, no mérito, resta imperioso admitir seja conferida a proteção familiar, típica do regime do casamento, aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, ao casal homoafetivo, porquanto não existe um único argumento de cunho jurídico a obstar o reconhecimento da validade jurídica de tal união.

Qualquer empecilho que se levante à admissão da validade dessa proteção parte unicamente de restrições ideológicas, discriminatórias da orientação sexual, o que não mais se admite no moderno Estado Democrático de Direito.

Entre as finalidades do Estado também está a de tutelar valores morais, preservar costumes, permitir o convívio de diversidades e variados referenciais, atento a que a sociedade da era do consumo, ainda que distanciada do modelo humanístico, admita uma infinda variedade de *ethos vivendi*, gerados a contar da coexistência entre individualidades típicas e padrões plúrimos de convivência, não tendo mais lugar (o Estado) *apenas para impor* ao jurisdicionado parâmetros estereotipados. Agregar e fundar a fraternidade, a união das pessoas, protagonizar a tolerância e não criar normas que as deixem à margem do ordenamento jurídico, em função de credo, da classe social, da raça, da orientação sexual, precisamente porque o Estado não existe apenas para satisfazer ou legitimar os interesses das maiorias, e mesmo das classes dominantes, cumprindo-lhe velar também pelos direitos das minorias, sob pena de omitir-se exatamente no cumprimento de uma das suas principais funções, que é a de propiciar alternativas e sistemas de inclusão, repudiando discriminações que apenas aguçam o marginalizar de condutas destes que, como se está a ver, não mais se contentam em, acuados, ver como que apenas toleradas as suas opções de perfil sócio-familiar, almejando e merecendo, sim, se ver admitidos, sentir-se lúdica e legitimamente incluídos, sem sobressaltos, no cotidiano rotineiro das gentes.

Toda intervenção direta do Estado na vida privada das pessoas somente se justifica, no atual ordenamento jurídico, de cunho democrático, caso tenha por escopo realizar a proteção do indivíduo, para garantir-lhe direito ou cobrar-lhe obrigações.

Assim, como já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a preocupação maior da Constituição Federal, ao estabelecer diretrizes ao direito de família está em proteger esse núcleo de pessoas, indispensável à formação do Estado.

Não pode ser outro o entendimento retirado a partir da redação do art. 226 do texto constitucional. Pela imponência de sua redação faço questão de transcrevê-lo: “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”.

Conceituando a família, não contém a Carta Magna qualquer comando discriminatório. Reconhece-a em função da coexistência afetiva entre pessoas, não vinculando sua existência à conformação clássica de família surgida somente a partir do casamento entre homem e mulher. É o afeto, a vida em comum, o traço marcante a caracterizar uma família.

Indubitável, assim, sobretudo após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 132-RJ, que o núcleo de pessoas surgido da união de casal homoafetivo se constitui em família.

De outro lado, o casamento, desde os tempos remotos, constitui-se no instrumento jurídico principal a conferir segurança às relações familiares, pois ele estabelece oficialmente, ante ao ordenamento e à sociedade, os vínculos e deveres conjugais, regime patrimonial, dentre outra elevada gama de obrigações e direitos, garantindo, assim, a plena vida em comum do casal.

Ora, se a união homoafetiva é reconhecidamente uma família, se o fundamento da existência das normas de direito de família consiste precisamente em gerar proteção jurídica ao núcleo familiar, e se o casamento é o principal instrumento para essa proteção, seria totalmente despropositado concluir que esse elevado instrumento jurídico do casamento não pode alcançar os casais homoafetivos.

Interpretação nesse sentido, reitera-se, somente pode ser obtida mediante o foco do preconceito e da intolerância, o que não se mostra admissível em nosso atual estágio de evolução humana.

Por todas essas razões, considerando que o Supremo Tribunal Federal já examinou matéria atinente à proteção familiar com foco incidente na mesma discussão agora em debate (união homoafetiva), e, entendendo que a solução aqui assinalada não tem, por si, o condão de afastar as vezes do legislador, no caso posto, por interpretação extensiva e à vista da inexistência de vedação normativa à tutela estatal daqueles que pretendem constituir uma entidade familiar por homoafetividade, é de se reconhecer a proteção familiar, típica

do regime do casamento, aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, motivo pelo qual:

a) para não contrariar minha própria exposição, suscito, preliminarmente, a questão de ordem para que o presente recurso tenha o seu julgamento afetado à Segunda Seção ante a relevância da matéria;

b) todavia, caso não seja este o entendimento desta egrégia Turma, acompanhando o eminente relator, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, concordo com Vossa Excelência. A competência para julgamento deste recurso especial é da Quarta Turma, o juiz natural para esse caso. Sabemos, é claro, que o assunto é relevante, que tem repercussão e desconhecemos a convicção dos eminentes Ministros integrantes da Terceira Turma a propósito do tema. Penso que, nessa hipótese, poderíamos afetar o próximo recurso à Seção. A própria Terceira Turma também poderá julgar um recurso da espécie ou submete-lo à Seção, ou poderíamos aguardar o julgamento de eventuais embargos de divergência. Por isso concordo com Vossa Excelência.

RECURSO ESPECIAL N. 1.281.090-SP (2011/0197678-2)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: TAM Linhas Aéreas S/A

Advogado: Luiz Eduardo Arena Alvarez e outro(s)

Recorrido: Sônia de Souza Pereira

Advogado: Adhemar Ferrari Agrasso e outro(s)

Recorrido: Unibanco AIG Seguros S/A e outro

Advogado: Roberta Roloff e outro(s)

EMENTA

Responsabilidade civil. Acidente aéreo. Pessoa em superfície que alega abalo moral em razão do cenário trágico. Queda de avião nas cercanias de sua residência. Consumidor por equiparação. Art. 17 do CDC. Prazo prescricional. Código Civil de 1916. Inaplicabilidade. Conflito entre prazo previsto no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) e no CDC. Prevalência deste. Prescrição, todavia, reconhecida.

1. A Segunda Seção sufragou entendimento no sentido de descaber a aplicação do prazo prescricional geral do Código Civil de 1916 (art. 177), em substituição ao prazo específico do Código de Defesa do Consumidor, para danos causados por fato do serviço ou produto (art. 27), ainda que o deste seja mais exíguo que o daquele (REsp n. 489.895-SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 10.3.2010).

2. As vítimas de acidentes aéreos localizadas em superfície são consumidores por equiparação (*bystanders*), devendo ser a elas estendidas as normas do Código de Defesa do Consumidor relativas a danos por fato do serviço (art. 17, CDC).

3. O conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica - 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 no seu desígnio de conferir especial proteção ao polo hipossuficiente da relação consumerista. Precedente do STF.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 15.3.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Sônia de Souza Pereira ajuizou ação objetivando indenização por danos morais em face da TAM Linhas Aéreas S/A, noticiando que era residente e domiciliada na Rua Edgar Amorim Amaral, junto à esquina com a Rua Luís Orsini de Castro, no bairro do Jabaquara, cidade de São Paulo-SP, local onde caiu, em 31.10.1996, o avião Fokker 100, de propriedade da empresa ré, envolto em chamas e a poucos metros de sua casa. Alegou a autora que o acidente acarretou-lhe incapacidade para continuar trabalhando em seus afazeres domésticos durante longo período, em razão do abalo psicológico gerado pela visão pavorosa da dor, da morte e dos corpos das vítimas carbonizadas (quase uma centena), algumas projetadas em cima das casas destruídas de seus vizinhos e amigos, padecendo também do mesmo sofrimento seu marido e filho menor.

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível do Foro Regional III - Jabaquara e Saúde - da Comarca de São Paulo-SP julgou extinto o feito, com resolução de mérito, ante o reconhecimento da prescrição, aplicando ao caso o art. 317, inciso II, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986), assinalando ainda que, mesmo se considerado o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, de qualquer modo teria ocorrido a prescrição (fls. 838-841).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em grau de apelação, afastou a prescrição e determinou novo julgamento, nos termos do acórdão assim ementado:

Apelação cível. Indenização por danos morais. Acidente aéreo. Avião Fokker 100 da empresa TAM que caiu sobre casas no bairro do Jabaquara em São Paulo, a poucos metros do local da moradia da autora. O fato ocorreu em 1996 e a ação foi ajuizada em 2003. Aplicação da prescrição vintenária prevista no Código Civil de 1916. Não há aplicação do Código Brasileiro de Aeronáutica. Pretensão formulada com base no direito comum. Prescrição afastada. Sentença anulada para que outra seja proferida após regular instrução. (fl. 951).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 970-977).

Sobreveio recurso especial, apoiado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual se alegou, além de dissídio, ofensa ao art. 535 do CPC; aos arts. 1º, 268, 267, inciso II, 317, inciso II, do Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei n. 7.565/1986; e art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta a recorrente, em síntese, omissão no acórdão recorrido e prescrição da pretensão indenizatória do autor, seja pela aplicação do prazo bienal previsto no Código Brasileiro de Aeronáutica, seja pela aplicação quinquenal previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Contra-arrazado (fls. 1.070-1.079), o especial foi admitido (fls. 1.223-1.224).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Rejeito, de saída, a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, pois o Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Além disso, basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.

No particular, o próprio acórdão de apelação apreciou explicitamente as teses alusivas à aplicação do prazo prescricional contido no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), assim também aquele previsto no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Estando a matéria plenamente debatida no acórdão embargado, dispensáveis se mostravam as digressões acerca do tema ventiladas nos embargos de declaração opostos.

3. A matéria de fundo cinge-se a saber qual o prazo de prescrição aplicável à pretensão daquele que alegadamente experimentou danos morais em razão de acidente aéreo, ocorrido nas cercanias de sua residência.

O acórdão recorrido afastou a incidência do CDC e do CBA pelo seguinte fundamento:

Não há que se falar em aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pois aqui não há relação de consumo, tendo em vista que a autora não era usuária dos serviços prestados pela empresa TAM.

No entanto, com razão a apelante, devendo ser afastada a prescrição.

A autora ajuizou ação de responsabilidade civil baseada no direito comum, devendo ser aplicada a prescrição vintenária prevista no Código Civil de 1916 e não a Lei n. 7.565/1986, que prevê indenização tarifada. A autora busca integral reparação dos danos eventualmente causados, não pretendendo a utilização de indenização tarifada (fl. 953).

3.1. Todavia, penso que assiste razão ao recorrente ao afirmar não se aplicar o prazo geral prescricional do Código Civil de 1916, uma vez existirem leis específicas a regular o caso.

No confronto entre a legislação específica e a geral, de regra, deve prevalecer aquela, como decidiram a Segunda Seção e as Turmas de Direito Privado em diversos precedentes, contendo situações análogas.

Refiro-me, por exemplo, à celeuma envolvendo o prazo prescricional para o ajuizamento de ação indenizatória em face das indústrias do fumo, por alegados danos causados pelo hábito tabagista. Embora o prazo prescricional previsto no CDC (cinco anos), para a hipótese de indenização pelo fato do serviço ou do produto, fosse mais exíguo se comparado ao prazo geral do Código Civil de 1916 (vinte anos), a Segunda Seção afastou a norma geral para aplicar a especial, embora mais gravosa ao consumidor no particular relativo à prescrição.

Nesse sentido, confira-se o precedente:

Responsabilidade civil. Consumidor. Fato do produto. Tabagismo. Prescrição quinquenal. Início da contagem do prazo. Conhecimento do dano.

1. A pretensão do autor, apoiada na existência de vícios de segurança, é de informação relativa ao consumo de cigarros - responsabilidade por fato do produto.

2. A ação de responsabilidade por fato do produto prescreve em cinco anos, consoante dispõe o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

3. O prazo prescricional começa a correr a partir do conhecimento do dano.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 489.895-SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 10.3.2010, DJe 23.4.2010).

Em voto-vista proferido no mencionado precedente, o Ministro João Otávio de Noronha arrematou a questão da seguinte forma:

[...] as *normas consumeristas* somente têm aplicação no âmbito do assim chamado “microssistema” de proteção do consumidor. A integração, a

esse microssistema, de normas oriundas de outros conjuntos normativos (microssistemas ou sistemas jurídicos) somente se dá, de ordinário, em duas hipóteses: (i) quando a norma consumerista for lacunosa; ou (ii) quando a norma consumerista expressamente exigir a integração.

No mesmo sentido, são os seguintes acórdãos da e. Terceira Turma: AgRg no REsp n. 1.081.784-RS, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, *Terceira Turma*, julgado em 7.12.2010, DJe 3.2.2011; REsp n. 1.036.230-SP, Rel. Ministro *Vasco Della Giustina* (*Desembargador convocado do TJ-RS*), *Terceira Turma*, julgado em 23.6.2009, DJe 12.8.2009.

Com efeito, na esteira do entendimento sufragado na Segunda Seção, não se aplica ao caso o prazo prescricional geral previsto no Código Civil de 1916.

3.2. Remanesce, porém, a controvérsia acerca de qual lei específica disciplina o caso ora analisado, se o Código de Defesa do Consumidor (CDC) ou se o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA, Lei n. 7.565/1986).

A bem da verdade, no caso ora em exame, tanto pelo prazo bienal previsto no CBA, quanto pelo prazo quinquenal do CDC, a pretensão autoral está mesmo prescrita, uma vez que o acidente ocorreu em outubro de 1996 e a ação só foi intentada em maio de 2003.

Insta, nessa esteira, a solução da questão, pois a causa propicia ocasião para solução de celeuma recorrente no âmbito forense e doutrinário, que é a antinomia existente entre os prazos de prescrição previstos no CDC e o CBA, para a ação de responsabilidade do transportador por danos causados em acidentes aéreos.

De fato, a queda do avião Fokker 100, voo n. 402 da TAM, ocorrida em 31.10.1996, é caso típico dos chamados acidentes de consumo, dos quais, evidentemente, podem advir danos a terceiros não pertencentes diretamente à relação consumerista estabelecida com o fornecedor, os chamados consumidores por equiparação (*bystanders*), na dicção do CDC, quando se refere a “todas as vítimas do evento” (art. 17).

Assim, tendo a autora alegadamente sofrido danos decorrentes do fato do serviço prestado pela recorrente, enquadra-se aquela na condição de consumidor por equiparação, conclusão chancelada por lição de abalizada doutrina:

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. Da mesma forma, a caracterização do passageiro, contratante ou não, como consumidor é determinada ora pela circunstância de ser ele o destinatário final do serviço (art. 2º, CDC), ora *pela sua posição como vítima do dano causado pelo fornecimento do serviço* (art. 17, CDC). Por força do art. 17 do CDC, todas as vítimas são equiparadas a consumidores (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).

Não obstante o terceiro vítima de acidente aéreo e o transportador serem, respectivamente, consumidor por equiparação e fornecedor, o fato é que o CDC não é o único diploma a disciplinar a responsabilidade do transportador por danos causados pelo serviço prestado.

O Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) disciplina também o transporte aéreo e confere especial atenção à responsabilidade civil do transportador por dano, tanto a passageiros (arts. 256-259) quanto a terceiros na superfície (arts. 268-272).

As divergências entre os dois diplomas são muitas, desde indenização “tarifada” prevista no primeiro, contra a exigência de efetiva reparação estabelecida no segundo, a prazo prescricional de 2 (dois) anos previsto no primeiro, e de 5 (cinco) no segundo, ambos para a ação de reparação de danos causados por fato do serviço.

Em síntese, os dois diplomas possuem campos de aplicação parcialmente coincidentes, mas as normas alusivas à responsabilidade do transportador - onde coincidem - revelam-se antinômicas entre si, inclusive uma lei permitindo o que a outra proíbe, circunstância a exigir a solução judicial de um conflito aparente entre normas.

Adiante-se, de logo, que a doutrina tem visto alguma dificuldade para solucionar o mencionado conflito pelo critério da especialização. Isso porque o CDC e o CBA, a depender da ótica, comportam-se ora como normas gerais, ora como especiais.

Poder-se-ia afirmar que o CBA disciplina a relação do transportador perante todos os usuários do serviço, sejam consumidores ou não - como ocorre nos contratos de transporte de mercadorias, que amiúde não são regidos pelo CDC -, hipótese em que aquele se afirma como norma geral em relação a este, que somente rege as relações propriamente consumeristas.

Por outra ótica, todavia, poder-se-ia afirmar que o CDC disciplina todos os contratos estabelecidos entre consumidor e fornecedor - bem como as consequências danosas causadas a terceiros -, e não somente o contrato de transporte aéreo, hipótese em que o CDC se afirma como norma geral em relação ao CBA, e a solução do conflito seria outra.

Não obstante isso, para além da utilização de métodos clássicos para dirimir conflitos aparentes entre normas - como o da especialidade e o da anterioridade -, busca-se 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 o Código Brasileiro de Aeronáutica - 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 no seu desígnio de conferir especial proteção ao polo hipossuficiente da relação consumerista.

Enquanto o CBA consubstancia-se como disciplina especial em razão da modalidade do serviço prestado, o CDC é norma especial em razão do sujeito tutelado, e, como não poderia deixar de ser, em um modelo constitucional cujo valor orientador é a dignidade da pessoa humana, prevalece o regime protetivo do indivíduo em detrimento do regime protetivo do serviço (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, p. 41).

Na mesma linha, uma vez mais, é a lição de Cláudia Lima Marques:

A ordem constitucional serve como medida normativa do sistema e, nesse sentido, suas normas e seus princípios atuam como limitadores na aplicação das leis e não se submete aos critérios normais que determinam a vigência e a eficácia das leis no tempo. A ordem constitucional, portanto, é o primeiro dos

fatores e o hierarquicamente mais forte a ser considerado pelo aplicador da lei. A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu como princípio e direito fundamental a proteção do consumidor e indicou a elaboração, inclusive, de um Código de Defesa do Consumidor, em suas disposições transitórias, tendo em vista o baixo nível de proteção assegurado pela legislação então existente e a necessidade de renovar o sistema, através de nova lei de função social (MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.* p. 634).

Esse foi o entendimento adotado explicitamente pelo STF em julgamento paradigmático sobre o tema, para o caso de 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* pelo CBA - como as limitações e tarifações de indenização conferida a passageiros e pessoas na superfície, somadas a exíguos prazos prescricionais -, 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, p. 37-38).

3. Assim, para o caso concreto, deve incidir o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a ação de reparação de danos causados por fato do serviço (art. 27, CDC).

Em situações análogas, como as de extravio de bagagem e atraso em voos, *mutatis mutandis*, esse tem sido o entendimento do STJ para afastar as regras da legislação esparsa e de tratados internacionais:

Civil e Processual. Ação de indenização. Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Tarifação afastada. Incidência das normas do CDC.

I. Pertinente a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor para afastar a antiga tarifação na indenização por perda de mercadoria em transporte aéreo, prevista na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica.

[...]

(AgRg no Ag n. 520.732-SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 25.11.2003, DJ 9.2.2004, p. 188).

Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Extravio de bagagem. Código de Defesa do Consumidor.

– Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro de Aeronáutica. Precedentes da Segunda Seção do STJ.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 538.685-RO, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 25.11.2003, DJ 16.2.2004, p. 269).

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).

Consumidor. Prescrição. Transporte aéreo de pessoas. A reparação de danos resultantes da má prestação do serviço pode ser pleiteada no prazo de cinco anos. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 742.447-AL, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 20.3.2007, DJ 16.4.2007, p. 185).

De qualquer modo, no caso em julgamento, a pretensão da autora está mesmo fulminada pela prescrição, ainda que se aplique o Código de Defesa do Consumidor em detrimento do Código Brasileiro de Aeronáutica.

É que os danos que a autora alega ter suportado ocorreram em outubro de 1996, tendo sido a ação ajuizada somente em maio de 2003, depois de escoado o prazo de 5 (cinco) anos a que se refere o art. 27 do CDC.

4. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para, reconhecendo a ocorrência da prescrição, extinguir o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso IV, CPC.

A cargo da recorrida, custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais) com fundamento no art. 20, § 4º, CPC, observados, todavia, os benefícios conferidos pela Lei n. 1.060/1950.

É como voto.