



Quarta Turma

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM
RECURSO ESPECIAL N. 738.682-RJ (2015/0162885-3)**

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Relator para o acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão

Agravante: Sabrina Mariella Bonini

Advogados: Sabrina Mariella Bonini (Em Causa Própria) e outros -
RJ101155

Alain Biron - RJ114164

Agravado: Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A

Advogados: João Thomaz Prazeres Gondim e outro(s) - RJ062192

Osmar Mendes Paixão Côrtes - DF015553

Carlos Roberto de Siqueira Castro e outro(s) - DF020015

Marcelle Padilha - RJ152229

Marina de Araujo Lopes - DF043327

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil. Obrigação de fazer e indenizatória. Ordem judicial determinando que a ré retire gravames de veículo no Detran, sob pena de multa diária. *Astreintes*. Parâmetros de fixação.

1. É verdade que, para a consecução da “tutela específica”, entendida essa como a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação, poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, §§ 4º e 5º do CPC/1973, dentre as quais se destacam as denominadas *astreintes*, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta.

2. No tocante especificamente ao balizamento de seus valores, são dois os principais vetores de ponderação: a) efetividade da tutela prestada, para cuja realização as *astreintes* devem ser suficientemente persuasivas; e b) vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa não é, em si, um bem jurídico perseguido em juízo.

3. O arbitramento da multa coercitiva e a definição de sua exigibilidade, bem como eventuais alterações do seu valor e/ou periodicidade, exige do magistrado, sempre dependendo das circunstâncias do caso concreto, ter como norte alguns parâmetros: i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); iii) capacidade econômica e de resistência do devedor; iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate de loss*).

4. É dever do magistrado utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente verificando medidas de apoio que tragam menor onerosidade aos litigantes. Após a imposição da multa (ou sua majoração), constatando-se que o apenamento não logrou êxito em compelir o devedor para realização da prestação devida, ou, ainda, sabendo que se tornou jurídica ou materialmente inviável a conduta, deverá suspender a exigibilidade da medida e buscar outros meios para alcançar o resultado específico equivalente.

5. No tocante ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5º e 6º) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele tentar mitigar a sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da *supressio*. Nesse sentido, Enunciado n. 169 das Jornadas de Direito Civil do CJP.

6. Na hipótese, o importe de R\$ 408.335,96 a título de *astreintes*, foge muito da razoabilidade, tendo em conta o valor da obrigação principal (aproximadamente R\$ 110.000,00). Levando-se em consideração, ainda, a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade de o credor ter mitigado o seu prejuízo, assim como poderia o próprio juízo ter adotado outros meios suficientes para o cumprimento da obrigação, é razoável a redução da multa coercitiva para o montante final de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo negando provimento ao agravo interno, acompanhando a relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi no sentido da divergência, por maioria, dar parcial provimento ao agravo interno.

Vencidos, em parte, a relatora e o Ministro Raul Araújo. Lavrará o acórdão o Ministro Luis Felipe Salomão. Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator p/ Acórdão

DJe 14.12.2016

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: *Sabrina Mariella Bonini* interpõe agravo interno contra decisão que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial interposto por *Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A*, reduzindo a multa cominatória acumulada de R\$ 408.335,96 para R\$ 33.000,00, valor coincidente com a condenação em danos materiais e morais fixada (fls. 303/307).

A agravante sustenta que o óbice da Súmula 7/STJ impede a redução da multa cominada. Quanto ao mérito, defende a razoabilidade do valor alcançado, pois decorreu da recalcitrância da instituição financeira no cumprimento da ordem judicial por cerca de 400 dias, isto é, para que retirasse o registro do gravame existente sobre o veículo. Afirma que não guarda relação com a obrigação principal e que a redução prestigia e estimula a conduta desidiosa da agravada. Requer, ao final, o provimento do agravo para restabelecimento do valor inicialmente fixado à título de *astreintes*.

Intimada, a agravada pugnou pela manutenção da decisão agravada (fls. 324/352).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Primeiramente, cumpre transcrever a ementa do acórdão recorrido, proferido pela Vigésima Quinta Câmara Cível/Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro à fl. 68:

Agravo interno no agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, em fase de execução de sentença. Aquisição de veículo zero quilômetro à vista. Posterior registro de alienação fiduciária realizado pela ré junto ao DETRAN/RJ. Impedimento de realização de vistoria e de venda do veículo. Impugnação à penhora on line realizada. Descumprimento da obrigação imposta e confirmada na sentença. Alegação de excesso de execução (astreints). Rejeição. Julgamento monocrático que manteve a decisão agravada. Medida que possui caráter coercitivo-punitivo, fixadas com a finalidade de promover a efetividade da decisão judicial, destinando-se a evitar que o devedor se furte, indeterminadamente, ao cumprimento da obrigação. Razoabilidade e proporcionalidade. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento.

Verifico que o acórdão recorrido negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo o valor da multa, sob os seguintes fatos e fundamentos (fls. 70/71):

Insurge-se a agravante contra decisão que rejeitou a impugnação ao cumprimento da sentença e manteve a multa aplicada, bem como a penhora on line realizada no valor de R\$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos).

In casu, a tutela antecipada concedida determinou à instituição financeira, ora agravante, que procedesse, no prazo de 72 horas, à retirada dos registros do Detran do gravame existente sobre o veículo de propriedade da agravada, bem como se abstivesse de promover a busca e apreensão do veículo, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) em caso de descumprimento (pasta 00095). A tutela foi confirmada por sentença (pasta 00167), tendo a agravante somente dado cumprimento à obrigação de fazer 407 dias após a intimação para tanto, conforme se verifica no documento constante na pasta 290.

Dessa forma, nenhum reparo comporta a decisão agravada, eis que o único obstáculo ao cumprimento da determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso da agravante.

Justifica-se, assim, a manutenção do valor das *astreints*, que são fixadas pelo juiz com o escopo de promover a efetividade de uma decisão judicial, destinando-se a evitar que o devedor se furte, indeterminadamente, ao cumprimento da obrigação em flagrante prejuízo da parte contrária.

Reduzir a multa implicaria em premiar a reprovável recalcitrância da agravante, deixando sem consequência o insistente descumprimento, por mais de um ano, da ordem judicial que lhe fora imposta. Ao contrário, a condenação deve ser apta a influir concretamente no comportamento do devedor, inibindo seu desarrazoado comportamento diante do Judiciário.

Ademais, o argumento deduzido no sentido de que o valor das *astreints* (R\$ 408.335,96) supera o total da indenização fixada a título de danos material e moral (quase R\$ 33.000,00), não merece qualquer respaldo, já que a multa só atingiu este montante justamente em virtude do descaso da agravante em cumprir a determinação judicial.

Registre-se, ainda, que conforme ressaltado pela agravante em suas razões recursais, o valor da multa por descumprimento de decisão judicial arbitrada previamente pode ser revisto a qualquer tempo, consoante o disposto no artigo 461, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil, e no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, sempre que se tornar insuficiente ou excessiva, de modo a evitar a ineficácia da medida coercitiva ou o enriquecimento sem causa de uma das partes o que, no entanto, não se verifica no presente caso.

Por fim, não prosperam os argumentos da agravante no sentido de que não foram observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, já que o montante penhorado em fase de cumprimento de sentença não se mostra excessivo e atende à finalidade de evitar que condutas reprováveis se repitam, sendo certo que o deliberado e injustificado descumprimento da ordem judicial perdurou por mais de 400 dias.

O STJ tem entendido ser possível, de ofício ou a requerimento da parte, a redução do valor da multa por descumprimento de decisão judicial quando se verificar que foi estabelecida fora dos parâmetros da razoabilidade ou quando se tornar exorbitante, podendo gerar enriquecimento indevido. Nesse sentido: 4ª Turma, AgRg no Ag 1.257.122/SP, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, DJe de 17.9.2010 e 3ª Turma, REsp 1.085.633/PR, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, DJe de 17.12.2010.

Ressalto que em sede de recurso especial, excepcionalmente, “é possível a redução do valor da multa por descumprimento de decisão judicial (art. 461 do Código de Processo Civil) quando se verificar que foi estabelecida fora dos parâmetros da razoabilidade ou quando se tornar exorbitante” (AgRg no AREsp 511.410/RJ, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, DJe 25.04.2016).

No caso em exame, o Tribunal de origem consignou que a multa alcançou o alto valor de R\$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e

cinco reais, noventa e seis centavos) em razão da recalcitrância do devedor no descumprimento à ordem judicial por mais de um ano.

Ocorre que “o valor atribuído à multa diária por descumprimento de ordem judicial deve ser razoável e proporcional, guardando correspondência com a obrigação principal” (AgRg nos EDcl no AREsp 802.247/RJ, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, DJe 4.4.2016).

Ainda nesse sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Autos de agravo de instrumento. *Astreintes* fixadas por descumprimento de determinação judicial. Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso. Insurgência da ré.

1. De acordo com a orientação firmada nesta egrégia Corte Superior, o valor fixado a título de *astreintes* encontra limitações na razoabilidade e proporcionalidade, sendo possível ao juiz, nos termos do § 6º do art. 461 do CPC, “de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. Isso é possível mesmo na hipótese de execução das *astreintes*, pois tal instituto, de natureza processual, tem como objetivo compelir o devedor renitente ao cumprimento da obrigação e não aumentar o patrimônio do credor.

2. Tendo em vista que a finalidade da multa é constranger o devedor ao efetivo cumprimento da obrigação de fazer, tal penalidade não pode vir a se tornar mais atraente para o credor do que a própria satisfação do encargo principal, de modo a proporcionar o seu enriquecimento sem causa.

3. O acórdão recorrido, ao reduzir o valor da multa em execução das *astreintes* de R\$ 160.525,38 para R\$ 10.000,00, agiu em consonância com o entendimento firmado nesta Corte Superior.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.371.369/RN, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 26.2.2016).

Desse modo, a ausência de razoabilidade e proporcionalidade fica caracterizada, inclusive, em razão do valor da condenação em danos materiais e morais, que foi no valor de R\$ 33.000,00, quantia que deve ser observada, conforme efetuado na decisão agravada.

O recurso, na realidade, não trouxe nenhum elemento ou argumento novo capaz de alterar a decisão agravada, que ora confirmo.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Raul Araújo: 1. Cuida-se de agravo interno interposto por *Sabrina Mariella Bonini* em face de decisão da eminente Relatora *Ministra Maria Isabel Gallotti*, que conheceu do agravo e deu provimento ao recurso especial de *Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A*, para reduzir o valor final da multa cominatória fixada na origem - acumulada em R\$ 408.335,96 - para R\$ 33.000,00 (fls. 303/307).

A agravante alega, em síntese, que o valor da multa decorre exclusivamente da injustificada recusa da agravada em cumprir a determinação judicial para a retirada do gravame indevidamente incluído no registro de seu veículo no DETRAN/RJ, providência que somente foi adotada mediante a expedição de ofício judicial, 407 dias após a respectiva intimação.

Afirma, nas razões recursais, que “a existência do referido gravame de alienação fiduciária em favor da Agravada no veículo de propriedade da Agravante *bloqueou* por 407 dias quantia de cerca de R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais) do seu patrimônio, em uma clara restrição ao seu direito de propriedade, com o agravante de ter ficado *impedida* de efetuar a vistoria anual, de *alienar* seu patrimônio e de se *locomover* legalmente, pois corria também o risco de ser parada em blitz policial, e de eventualmente vir a ser considerada receptadora ou falsária, podendo, inclusive, ser presa por um suposto flagrante delito” (fl. 314).

A douta Relatora negou provimento ao agravo interno. Reafirmando o entendimento jurisprudencial no sentido de que “o valor atribuído à multa por descumprimento de ordem judicial deve ser razoável e proporcional, guardando correspondência com a obrigação principal”, ressaltou que, no caso, “a ausência de razoabilidade e proporcionalidade fica caracterizada, inclusive em razão da condenação em danos materiais e morais, que foi no valor de R\$ 33.000,00, quantia que deve ser observada”.

Após o voto, pediu vista, antecipadamente, o eminente *Ministro Luis Felipe Salomão*. Inaugurando a divergência, deu parcial provimento ao agravo interno, para estabelecer o valor da multa em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos monetariamente desde 19.3.2013. Inicialmente, teceu considerações de ordem doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica e de critérios de fixação de *astreintes*. Ao final, relativamente ao caso concreto, assim concluiu seu voto:

Ocorre que, diante da moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, somado aos critérios objetivos acima especificados, tenho que a multa coercitiva

tinha como intento principal determinar que o devedor retirasse o gravame existente sobre o veículo da autora e se abstivesse de realizar a sua busca e apreensão, permitindo, assim, que a real proprietária efetivasse a almejada alienação do bem, obstando, ao mesmo tempo, que a financeira realizasse a remoção judicial do automóvel.

Nesse passo, penso que a obrigação principal era, em verdade, a liberação incondicional do veículo, permitindo sua transferência, e, por conseguinte, é o valor do automóvel, à época, R\$ 100.000,00, que deve ser considerado como o valor da obrigação principal, até por ser esse, no fim e ao cabo, o real bem jurídico perseguido pela tutela cominatória (obrigação de liberar o veículo inteiramente pago).

Inclusive, observada sempre a máxima vênia, tenho que, nos termos da petição inicial, a pretensão era tanto o preceito cominatório como a indenização por danos materiais e morais, não se podendo limitar a obrigação principal aos referidos danos suportados (sofrimento moral - R\$ 20 mil - e compensação pela horas que ficou sem trabalhar - R\$ 4.848,24).

Partindo desse viés, verifica-se, ainda, que o valor inicial das *astreintes* em R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia foi condizente e razoável com a obrigação inicial, considerando-se a capacidade econômica e de resistência do devedor, sendo que, mesmo assim, não foi apta a impingir na devedora o cumprimento de seu dever imposto, levando a crer que a opção pelo descumprimento lhe foi mais vantajosa.

Por fim, verifica-se que, na espécie, o credor poderia ter requerido ou o juízo determinado, inicialmente ou, ao menos, em momento bem anterior, que fosse oficiado diretamente ao Detran para que se alcançasse a pretensão almejada, demonstrando a desnecessidade da multa coercitiva. A credora só veio a pleitear essa medida 407 dias após, no momento em que peticionou cobrando o saldo remanescente (fl. 261, apenso).

Assim, levando-se em conta referidos parâmetros e tentando conciliar o entendimento das Turmas da Segunda Seção do STJ, penso que o valor de R\$ 408.335,96 foge muito a razoabilidade, tendo em conta o valor da obrigação principal, aproximadamente R\$ 110.000,00.

Levando-se em consideração, ainda, a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade do credor ter mitigado o prejuízo, assim como do juízo de ter adotado outros meios suficientes para cumprimento da obrigação, penso seja razoável reduzir a condenação da multa coercitiva para o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos monetariamente desde a data da intimação para cumprimento da obrigação (15.4.2013) e escoado o prazo para tanto (72 horas – 19.4.2013).

Diante da qualidade dos debates, pedi vista dos autos para um exame mais próximo da matéria.

2. Conforme consta dos autos, *Sabrina Mariella Bonini*, ora agravante, ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais contra *Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A*, requerendo a exclusão do gravame de alienação fiduciária, indevida e criminosamente inscrito no registro de propriedade de veículo no Detran/RJ, quanto a automóvel na realidade pertencente à ora agravante, livre de ônus, pois adquirido mediante pagamento à vista, sem financiamento, e, também, a abstenção da ré em promover a busca e apreensão do bem, assim como a condenação desta ao pagamento de indenização por danos morais e materiais (apenso, fl. 169).

Foi deferida antecipação de tutela em 7.2.2013, nos seguintes termos:

[...] acolho o pleito de antecipação da tutela para determinar à Ré que proceda, no prazo de 72 horas, à retirada dos registros do Detran do gravame existente sobre o veículo de propriedade da Autora, bem como se abstenha de promover a busca e apreensão do veículo, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) (apenso, fl. 95).

A sentença tornou definitiva a tutela antecipada, julgando parcialmente procedentes os pedidos para declarar a inexistência da restrição sobre o veículo e “condenar a Ré ao pagamento da quantia de R\$ 4.848,24 (quatro mil, oitocentos e quarenta e oito reais e vinte e quatro centavos), a título de reparação dos danos materiais, corrigida monetariamente desde a data do ajuizamento da ação e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês contados da citação, bem como ao pagamento da importância de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigida monetariamente a partir da presente data e acrescida de juros de mora de 1% ao mês contados a partir da citação, a título de indenização por danos morais” (apenso, fls. 167/173).

Confirmada pelo eg. Tribunal de Justiça, a sentença transitou em julgado.

Iniciado o cumprimento da sentença, a ré juntou aos autos comprovante de depósito judicial no valor de R\$ 32.904,26 (fl. 258), referente à condenação principal (danos materiais e danos morais). Deixou, no entanto, de depositar o correspondente à multa cominatória (apenso, fl. 258).

Em vista disso, requereu a autora a intimação da ré para o pagamento da multa confirmada na sentença, já acumulada no valor de R\$ 408.335,96 e, também, a expedição de ofício ao Detran/RJ, para as providências necessárias ao cumprimento da ordem de cancelamento do mencionado gravame ainda pendente sobre o registro do veículo (apenso, fls. 257/261).

Apresentada impugnação, foi rejeitada pelo il. Juízo processante (apenso, fls. 359/360), decisão que foi confirmada pelo eg. Tribunal de origem (fls. 31/35 e 67/72), nos termos do v. acórdão assim ementado:

Agravo interno no agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, em fase de execução de sentença. Aquisição de veículo zero quilômetro à vista. Posterior registro de alienação fiduciária realizado pela ré junto ao DETRAN/RJ. Impedimento de realização de vistoria e de venda do veículo. Impugnação à penhora *on line* realizada. Descumprimento da obrigação imposta e confirmada na sentença. Alegação de excesso de execução (astreints). Rejeição. Julgamento monocrático que manteve a decisão agravada. Medida que possui caráter coercitivo-punitivo, fixadas com a finalidade de promover a efetividade da decisão judicial, destinando-se a evitar que o devedor se furte, indeterminadamente, ao cumprimento da obrigação. Razoabilidade e proporcionalidade. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento.

3. Quando do julgamento do presente agravo interno, em que pesem as bem lançadas considerações postas no voto-vista divergente, preocupou-me o fato de, de alguma forma, se estabelecer limites para a revisão judicial da multa cominatória imposta pelas instâncias ordinárias, limites esses que a própria lei processual não cuidou de colocar.

Com efeito, nos termos do previsto no § 6º do art. 461 do CPC/1973, pode o juiz, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. Este o teor da norma:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Nesses mesmos termos o previsto na novel lei processual, em seu art. 537, assim redigido:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Mostra-se por demais relevante a ampla possibilidade de modificação do valor da multa em casos, infelizmente não raros, em que ocorre o emprego distorcido do instituto, servindo não propriamente para o atendimento de suas legítimas finalidades, mas como fonte de enriquecimento indevido e até de corrupção.

A fixação de multa diária nem sempre leva em conta a possibilidade de desvirtuar o objeto da lide e a necessidade de efetiva intimação do obrigado acerca da obrigação que lhe está sendo imposta e das consequências do descumprimento.

As grandes empresas são frequentemente atingidas por multas cominatórias decorrentes de comunicação deficiente, quando suas instâncias gerenciais não são devidamente intimadas. A intimação comumente se faz na pessoa de meros empregados, sem compreensão da gravidade da notificação e sem as devidas advertências. O descumprimento da obrigação, então, ocorre muito mais por desconhecimento da questão do que propriamente por resistência à determinação judicial.

Não raramente, em tais hipóteses, o credor da multa diária perde o interesse pelo bem da vida buscado na ação, pois passa a visar o acúmulo da sanção pecuniária. Permanece inerte, por longo tempo, sem nada reclamar quanto ao descumprimento, esperando o valor crescer, acumular, para só então vir pleitear o montante que se tornou excessivo, apto a proporcionar enriquecimento fácil e injusto.

Ressalte-se não ser a multa o único meio de que dispõe o Poder Judiciário para garantir o cumprimento de suas decisões, conforme se observa na leitura do § 5º do art. 461 do CPC/1973 e, agora, do art. 537, § 1º, do CPC/2015 (acima transcritos), cabendo ao juiz, ao aplicar o direito, adotar o meio mais eficiente, ou seja, mais eficaz e menos gravoso, à consecução da tutela pretendida. Isso nem sempre é observado.

A finalidade das *astreintes*, como bem enfatizado no voto-vista divergente, é servir de instrumento de apoio para garantir a efetivação da tutela específica, compelindo o obrigado a cumprir a obrigação que lhe foi imposta. Para tanto, não basta sua fixação em valor adequado. É fundamental que o julgador determine e verifique a efetiva intimação da sociedade empresária obrigada, através de instância gerencial devidamente advertida. O caráter da multa é meramente acessório. O que se quer é o cumprimento da obrigação imposta.

Decidindo-se, no entanto, pela imposição de multa, os parâmetros de fixação encontram-se definidos na própria norma processual, especificamente no § 4º do art. 461 do CPC/1973 (CPC/2015, art. 537, *caput*), já transcritos.

A ausência de cuidados, quanto à imposição da multa e à efetiva intimação do obrigado, muitas vezes produz situações vexatórias para o próprio Judiciário, as quais reclamam revisão pelas instâncias superiores.

4. Na hipótese sob exame, não se constata conduta indevida ou desleal da parte ora agravante, credora da multa, porém a multa diária fixada em sede de antecipação de tutela, e confirmada na sentença, era desnecessária para o alcance da providência de cancelamento do registro indevido.

Com efeito, considerando-se a função meramente acessória do preceito cominatório, voltado exclusivamente à efetivação da tutela jurisdicional específica, qual seja o levantamento ou cancelamento das anotações indevidas constantes do registro no Detran/RJ relativas ao veículo de propriedade da agravante, é forçoso reconhecer que, no caso, o meio mais efetivo para a consecução desse desiderato era a expedição, pelo próprio Juízo, de ofício ou mandado ao Departamento de Trânsito competente, determinando a providência.

Aliás, essa providência, simples, rápida e eficaz, seria também, à luz dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, a mais adequada à efetividade do processo, visto que, a um só tempo, satisfaria a justa pretensão da parte autora, sem a necessidade de impor, à parte obrigada, ônus econômico adicional, além daqueles decorrentes da própria condenação.

Entre os princípios que norteiam as relações processuais, merecem especial atenção do julgador, ao considerar a possibilidade de imposição de multa cominatória, os da efetividade e da vedação do enriquecimento sem causa. A estes acrescentam-se, ainda, os princípios da eficiência, da razoabilidade e da boa-fé processual.

A eficiência, em sua dimensão processual, dirige-se essencialmente ao órgão julgador e tem por finalidade a busca dos meios mais eficientes para a consecução do resultado final esperado, ou seja, a efetividade do processo.

No caso, ainda que se possa constatar a desnecessidade da multa como instrumento auxiliar do órgão judicial para o cumprimento de sua decisão, importa observar que, de qualquer modo, também as partes deixaram aqui de cooperar para o bom e eficaz aproveitamento do processo.

Com efeito, de um lado, a atitude da entidade financeira que, mesmo após intimada, não se dispôs a cumprir a determinação judicial, quedando-se inerte até o fim do processo.

De outro, uma certa inércia da própria autora que, a teor dos autos, desde a antecipação da tutela, deferida em 7.2.2013, tinha como obter por outro meio a efetivação de seu direito. No entanto, somente após o trânsito em julgado da sentença, requereu a expedição de ofício ao Detran/RJ, em 20.5.2014, e o pagamento da multa cominatória, já acumulada no valor de R\$ 408.335,96.

Nesses termos, portanto, vê-se que o elevado valor da multa cominatória, resultante do longo decurso do prazo fixado para o cumprimento da ordem

judicial - 407 dias - não pode ser atribuído exclusivamente à parte obrigada. Ademais, ultrapassa em muito o valor da própria causa atribuído pela parte, de R\$ 57.848,24.

Com essas considerações, com a devida vênia da divergência, acompanho o bem lançado voto da ilustre Relatora, Ministra *Maria Isabel Gallotti*, para negar provimento ao agravo interno.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: - Senhora Presidente, parece-me que o valor total de R\$ 408.000,00 (quatrocentos e oito mil reais) revela-se, de fato, exagerado. No entanto, creio que o Ministro Luis Felipe Salomão, que abriu a divergência, sopesou adequadamente a configurada desídia do banco no cumprimento da decisão e, por outro lado, a inércia, ou a falta de colaboração por parte da ora agravante no sentido de encontrar alternativa para o cumprimento da ordem, o que, aliás, atendia ao seu exclusivo interesse. O Ministro Raul Araújo também destacou algumas circunstâncias que levariam a mitigar a responsabilidade do banco.

Peço vênia a Vossa Excelência e ao Ministro Raul Araújo para adotar o voto do Ministro Luis Felipe Salomão e, nos termos do seu voto, também reduzir o valor das *astreintes* para o valor total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

RATIFICAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, cumprimento o eminente Ministro Luis Felipe Salomão pelo esclarecedor voto-vista, com cujos critérios concordo inteiramente.

Nunca tive dúvida de que o valor da obrigação principal não seja teto para a multa cominatória. Mas é certo que há diversos precedentes desta 4ª Turma, citados no voto do Ministro Luís Felipe Salomão, que estabelecem a existência desse teto. Não é esse, todavia, meu entendimento. Agradeço ao Ministro Salomão pela possibilidade que seu voto-vista me dá de esclarecer este ponto. Quanto adoto o valor do bem material como parâmetro, não o faço por entender que seja um teto, mas a falta de outro parâmetro adequado, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Observo que há hipóteses em que sequer é possível a adoção do valor do bem da vida perseguido como parâmetro, pois não tem ele valor econômico mensurável. Como exemplo, cito o pedido de tratamento médico em caso de risco de vida.

A razoabilidade da multa deve ser aferida de acordo com as peculiaridades de cada caso, conforme o panorama de fato traçado pelas instâncias ordinárias, podendo ser levado em conta o valor material do bem em causa.

E também disso não discorda o Ministro Luís Felipe Salomão, uma vez que Sua Excelência, em seu voto no presente caso, também usa como parâmetro - e não como teto - o valor que entende ser o do bem material aqui em questão.

Igualmente concordo com o voto Ministro Salomão, quando sustenta critério híbrido, que leve em conta tanto o valor da multa no momento em que fixada como o valor da multa quando ela é apurada em fase de execução.

Com efeito, dispõe o art. 461, § 7º, da redação do Código de 1973, que o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. A lei está, portanto, vislumbrando a possibilidade de que, após o ato de fixação, possa haver necessidade de alteração desse valor, seja por insuficiente, seja por excessivo. A jurisprudência reiterada deste Tribunal é no sentido de que essa possibilidade de adequação não preclui e pode ser feita até mesmo após o trânsito em julgado do ato judicial que fixara a multa cominatória inicialmente.

A divergência reside, portanto, não nos critérios teóricos, mas na apreciação do valor da multa razoável no presente caso, a partir, também, entre outros aspectos, de qual seria o valor material do bem da vida do qual foi temporariamente privada a autora em função da recalcitrância do réu nos presentes autos.

O Ministro Salomão entende que seria o valor do carro. Eu, ao contrário, tomei por parâmetro o valor da condenação em danos materiais e morais obtido nessa ação.

Neste caso, utilizando os critérios muito bem expostos no voto do Ministro Salomão, entendo que a multa foi fixada com exagero manifesto no início do processo (R\$ 1.000,00 por dia), quando concedida a antecipação de tutela e determinada a citação do réu e, ao final, alcançou valor teratológico (R\$ 408.335,96), em face do bem da vida em questão e das circunstâncias dos autos.

O acórdão recorrido, instância soberana no exame da prova, estabeleceu fora dada uma antecipação de tutela, contemporânea ao ato de citação. A decisão inicial determinou a citação do réu para contestar e, a título de antecipação de tutela, que não houvesse a busca e apreensão do veículo, bem como fosse retirado o gravame nos registros do Detran. Depois disso, pelo que consta do acórdão recorrido, não foi feita nenhuma tentativa pela parte autora de cumprimento dessa tutela antecipada, nenhuma admoestação, nenhuma petição da parte, alegando que desejava vender o veículo, ou que estava impedida de fazer uma vistoria, ou de sua premência no cumprimento de parte da antecipação de tutela que não fora cumprida pelo banco.

O que há, segundo o acórdão recorrido, e podemos ver, folheando o processo, é que, quando transitou em julgado a sentença, houve um pedido de cumprimento de sentença e pedido de retirada de gravame, datado de maio de 2004, em que a parte, falando sobre o depósito de R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais), feito pelo réu voluntariamente em cumprimento da sentença, sustentou que esse valor era insuficiente, porque havia quatrocentos e sete mil reais devidos, correspondentes a quatrocentos e sete dias que se haviam mediado entre a antecipação de tutela dada no despacho inicial de citação e a data em que a autora requereu esse cumprimento de sentença quanto ao valor da multa.

E, nessa mesma petição de maio de 2014, requereu ao juiz a expedição de ofício ao Detran para que tome as providências necessárias para a retirada de seus registros do gravame.

Ou seja, a multa correu quatrocentos e sete dias não apenas por uma inadvertida inação da instituição financeira, que, realmente, poderia e deveria ter sido mais diligente no próprio ato de recebimento do mandado de citação e retirado esse gravame, mas também da parte, que, diante da sentença e em todo momento da tramitação processual em que estava vigendo essa antecipação de tutela, não tomou essa providência, já que hoje se diz tão prejudicada, de pedir ao juiz um simples ofício dirigido ao Detran.

Ela só pediu a expedição desse ofício, juntamente com o pedido de execução da multa cominatória, em 20 de maio de 2014. Em sequência, duas semanas depois, em 5 de junho, já foi expedido pelo juízo ofício ao Detran, determinando a retirada do gravame, o que foi cumprido.

Portanto, penso que não havia sequer real necessidade dessa tutela antecipada, uma vez que a parte autora poderia ter requerido essa providência desde o início do processo ao Juiz, já que era tão relevante e estava sendo,

segundo ela atualmente alega, tão apenada pela existência desse gravame. Tem-se, pois, que esperou a autora os 407 dias sem formular nenhum outro requerimento e obteve uma multa de R\$ 407.000,00 (quatrocentos e sete mil reais) após o trânsito em julgado, quando requereu a execução da multa e a expedição do ofício ao Detran. Nesse ponto, reporto-me ao item 4 do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, em que Sua Excelência diz que “é dever do juiz usar o meio menos gravoso e mais eficiente para alcançar a tutela almejada”.

Assim, levando em consideração essas circunstâncias, com a devida vênia, mantenho o valor que havia fixado, de R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), o qual tomou por parâmetro a indenização por dano moral e material a que foi condenada a instituição financeira.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Sabrina Mariella Bonini ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória em face de Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A, afirmando que adquiriu veículo automotor em 07.03.2012, e, posteriormente, no momento em que tentou vendê-lo a terceiro, viu-se impossibilitada, por quase 2 anos, em razão de gravame de alienação fiduciária sobre o automóvel (fls. 32-50, apenso).

Na oportunidade, foi deferida antecipação de tutela (fl. 95, apenso) em 07.02.2013, confirmada em sentença, determinando que a ré procedesse, no prazo de 72 horas, à retirada dos registros no Detran do gravame existente sobre o veículo de propriedade da agravada, bem como se abstinhasse de promover a busca e apreensão do veículo, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) pelo descumprimento, tendo a baixa no Detran ocorrido somente 407 dias após a intimação para tanto (fl. 285, apenso).

A condenação em danos morais e materiais transitou em julgado e a empresa efetuou o pagamento de R\$ 32.904,26 (trinta e dois mil, novecentos e quatro reais e vinte e seis centavos).

No entanto, em sede de cumprimento de sentença, a exequente apresentou cálculos, a título de multa, em razão da obrigação descumprida, referentes ao saldo devedor, no importe de R\$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos) (fls. 257-261, apenso).

Apresentada impugnação à execução, o magistrado de piso rejeitou-a, afastando a tese de excesso da execução e enriquecimento sem causa (fls. 27-28, apenso).

Interposto agravo de instrumento, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

Agravo interno no agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, em fase de execução de sentença. Aquisição de veículo zero quilômetro à vista. Posterior registro de alienação fiduciária realizado pela ré junto ao DETRAN/RJ. Impedimento de realização de vistoria e de venda do veículo. Impugnação à penhora *on line* realizada. Descumprimento da obrigação imposta e confirmada na sentença. Alegação de excesso de execução (*astreintes*). Rejeição. Julgamento monocrático que manteve a decisão agravada. Medida que possui caráter coercitivo-punitivo, fixadas com a finalidade de promover a efetividade da decisão judicial, destinando-se a evitar que o devedor se furte, indeterminadamente, ao cumprimento da obrigação. Razoabilidade e proporcionalidade. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento.

(fls. 67-72)

Opostos aclaratórios, foram rejeitados (fls. 85-88).

Irresignada, Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A interpôs recurso especial, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, por negativa de vigência aos arts. 535 do CPC e 188, I, 884 e 944, parágrafo único, ambos do Código Civil.

Aduz que o acórdão foi omissivo e que era parte ilegítima para a causa.

Afirma que “há de se verificar que a execução ora recorrida viola flagrantemente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que, com o valor executado a parte exequente pretende receber valor absurdo de R\$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos) em razão de suposto gravame comandado ao seu veículo, restrição esta que jamais restou comprovada e, ainda que restasse, não seria tal fato merecedor de compensação na monta pretendida pela parte”, devendo-se ter em conta que a condenação em danos morais e materiais não atingiu a cifra de R\$ 33.000,00.

Defende a aplicação, por analogia, do art. 412 do CC, que estabelece que o valor da cominação imposta em cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Contrarrazões apresentadas às fls. 145-157.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 160-166).

Interposto agravo em recurso especial, o Min. Presidente do STJ, Francisco Falcão, não conheceu do recurso (fls. 229-230), tendo a parte desafiado a referida decisão por meio de agravo regimental, redistribuído a em. Min. Isabel Gallotti. A Relatora, então, reconsiderou a decisão de inadmissibilidade, para dar provimento ao especial, reduzindo o valor da multa cominatória para R\$ 33.000,00 (fls. 303-307).

Agravo interno, agora interposto por Sabrina Mariella Bonini (fls. 311-320), aduzindo que se deve ter em conta, para a definição do montante dos *astreintes*, que: i) foram “407 dias de bloqueio de automóvel avaliado em R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais)”; ii) “o valor de R\$ 1.000,00 fixado a título de multa diária é reconhecidamente razoável e proporcional, sendo certo que jamais foi objeto de questionamento por parte da Agravada”; iii) “não se trata tão somente de uma lesão ao consumidor, mas também de um ato de insubordinação à autoridade da decisão judicial proferida”; iv) “jamais cumpriu a determinação judicial”; v) “a Agravada não comprovou a impossibilidade de cumprimento da obrigação, o que faz presumir por sua simples desídia e inércia”; vi) “sua modificação não deve guardar qualquer relação com a indenização fixada a título de dano moral e material, porquanto institutos absolutamente distintos”; e vii) “se estipule um valor intermediário, compatível com o bem objeto do gravame, qual seja, o veículo da marca Kia, SORENTO EX2, BRANCO, 2011/2012, CHASSI KNAKU811BC5235639, à época avaliado em R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais)”.

No julgamento do recurso, na sessão anterior, a eminente Relatora manteve seu posicionamento inicial, segundo o qual “a ausência de razoabilidade e proporcionalidade fica caracterizada, inclusive, em razão do valor da condenação em danos materiais e morais, que foi no valor de R\$ 33.000,00, quantia que deve ser observada”.

Pedi vista dos autos para melhor análise.

2. É verdade que, para a consecução da “tutela específica”, entendida essa como “a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação”, poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, §§ 4º e 5º, dentre as quais se destacam as denominadas *astreintes*, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta.

Nesse passo, a multa cominatória, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, não se revela como mais um bem jurídico em si mesmo perseguido pelo autor, ao lado da tutela específica a que faz jus.

Revela-se, sim, como valioso instrumento - acessório e adjuvante da tutela perseguida -, para a consecução do único bem jurídico a que eventualmente tem direito o autor, isto é, exatamente aquele desejado pelo direito material, cuja violação ensejou a pretensão deduzida em juízo.

No tocante especificamente ao seu balizamento, são dois os principais vetores de ponderação: *a)* efetividade da tutela prestada, para cuja realização as *astreintes* devem ser suficientemente persuasivas; e *b)* vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa, como dito alhures, não é, em si, um bem jurídico perseguido em juízo.

Porém, mercê da lacunosa legislação acerca das *astreintes*, a jurisprudência, em não raras vezes, tem chegado a soluções que, em alguma medida, desvirtuam o propósito desse benfazejo instrumento processual.

É que, na aplicação do direito, na prática forense, ora sobressai o valor “efetividade da tutela judicial”, ora sobressai a “vedação ao enriquecimento sem causa”.

De modo a se obter o aperfeiçoamento do primeiro valor (efetividade) no caso concreto, por vezes, o devedor recalcitrante é obrigado a pagar multa em patamar que supera em muito o interesse econômico principal perseguido em juízo. Por outro lado, para a adequação do segundo valor (vedação ao enriquecimento sem causa), frequentemente a multa é reduzida consideravelmente, muito embora na contramão da conduta inerte do devedor, que não cumpriu a decisão e ainda assim consegue suavizar a reprimenda que lhe foi outrora imposta, menoscabando a ordem judicial.

Por outro lado, a consciência do devedor acerca da corriqueira redução da multa cominatória pelo Poder Judiciário, quase sempre na última hora, impede a efetivação do propósito intimidatório das *astreintes*, pois não se cria no obrigado nenhum receio quanto a substanciais consequências patrimoniais decorrentes do não acatamento da decisão. Por esse viés, o realce da diretriz legal, que veda o enriquecimento sem causa acaba também por erodir o traço coercitivo das *astreintes*, com grave comprometimento para a efetividade do processo.

Com efeito, a toda evidência, a prática forense, acerca da fixação e da execução das *astreintes*, não tem oferecido soluções infensas a críticas.

Daí porque Guilherme Rizzo Amaral, na esteira das conclusões extraídas de Eduardo Talamini e Marcelo Lima Guerra, afirma que o sistema atual, aceito pelas práticas forenses, sobretudo no que concerne à destinação da multa

cominatória exclusivamente ao autor, “é incapaz de superar a contradição antes referida, entre os princípios da efetividade dos provimentos jurisdicionais e da proibição de enriquecimento ilícito”, reconhecendo aquele processualista não haver fórmula perfeita, “visto que, retirando seu crédito do autor, se lhe retira a eficácia, e deixando-o com o autor, permite-se em determinados casos o enriquecimento injusto” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 239-243).

Em relação à destinação das *astreintes*, aliás, a Quarta Turma, por maioria, em precedente em que votei vencido, decidiu que:

Recurso especial (art. 105, III, ‘a’ e ‘c’, da CF). Embargos à execução de sentença. *Astreintes* fixadas a bem dos devedores em ação monitória, para forçar a credora à exclusão de inscrição nos cadastros de proteção ao crédito. Acórdão local extinguindo a execução, sob o fundamento de pertencer à união o montante resultante da incidência da multa diária, ante o desprestígio provocado ao estado em decorrência do descumprimento à ordem judicial. Insurgência dos exequentes.

1. Discussão voltada a definir o sujeito a quem deve reverter o produto pecuniário alcançado diante da incidência da multa diária: se à parte demandante, se ao próprio Estado, desrespeitado ante a inobservância à ordem judicial, ou, ainda, se a ambos, partilhando-se, na última hipótese, o produto financeiro das *astreintes*.

Embora o texto de lei não seja expresso sobre o tema, inexistente lacuna legal no ponto, pertencendo exclusivamente ao autor da ação o crédito decorrente da aplicação do instituto.

A questão deve ser dirimida mediante investigação pertinente à real natureza jurídica da multa pecuniária, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, à luz de exegese integrativa e sistemática do ordenamento jurídico.

Assim, desponta *prima facie* a impossibilidade de estabelecer titularidade Estatal, de modo total ou parcial, sobre o valor alcançado pelas *astreintes*, porquanto interpretação em tal sentido choca-se inevitavelmente com os princípios da legalidade em sentido estrito e da reserva legal (art. 5º, *caput*, da CF), segundo os quais toda e qualquer penalidade, de caráter público sancionatório, deve conter um patamar máximo, a delimitar a discricionariedade da autoridade que a imporá em detrimento do particular infrator.

Quando o ordenamento processual quer destinar ao Estado o produto de uma sanção, assim o faz expressamente, estabelecendo parâmetros para sua aplicação, como bem se depreende do disposto no art. 14 do CPC.

Tais exigências não se satisfazem face ao teor do atual texto do art. 461, §§ 4º e 5º do CPC, justo que as normas hoje vigentes apenas conferem a possibilidade

de fixação da multa pecuniária, sem dispor taxativamente sobre tetos máximo e mínimo de sua incidência, o que ocorre exatamente para permitir ao magistrado atuar de acordo com o vulto da obrigação subjacente em discussão na demanda, e sempre a benefício do autor.

Extraí-se do corpo normativo em vigor um caráter eminentemente privado da multa sob enfoque, instituto que, portanto, reclama estudo, definição e delimitação não somente a partir de sua função endoprocessual, na qual desponta um caráter assecuratório ao cumprimento das ordens judiciais, mas também, e sobretudo, sob o ângulo de sua finalidade instrumental atrelada ao próprio direito material vindicado na demanda jurisdicionalizada.

2. Considerações acerca da tutela material específica da mora: o ordenamento jurídico brasileiro, desde o regramento inaugurado no Código Civil de 1916, no que foi substancialmente seguido pelo texto do Diploma Civil de 2002, somente contempla disciplina genérica e eficaz quando se cuida da repreensão da mora verificada no cumprimento de obrigações ao pagamento de quantia certa. Para estas, além da natural faculdade de as partes, no âmbito da autonomia da vontade, estabelecerem penalidades convencionais (multa moratória), o ordenamento material civil fixou sanções legais pré-determinadas, com a potencialidade de incidir até mesmo sem pedido do credor para a hipótese de retardamento injustificado (juros moratórios).

Vislumbra-se, portanto, no sistema pertinente às obrigações de pagar, normas jurídicas perfeitas, com preceitos primário e secundário, haja vista restar estabelecido um mandamento claro direcionado ao devedor, no sentido de que deve efetuar o adimplemento no prazo, sob pena da incidência de uma sanção material em caso de persistência no estado de mora.

Idêntica tutela mostrava-se inexistente no tocante às obrigações de fazer e não fazer, pois, para elas, o sistema legal apenas permitia a conversão da obrigação em perdas e danos, deixando de contemplar instrumentos específicos de tutela material voltados a sancionar o devedor em mora.

Justamente para conferir eficácia aos preceitos de direito obrigacional, que determinam ao devedor o cumprimento da obrigação, o legislador contemplou nova redação ao art. 461 do CPC.

No dispositivo mencionado, aglutinaram-se medidas suficientes a servir como tutela material da mora (multa pecuniária), além de outras, nitidamente de cunho processual, que buscam servir e garantir o pronto adimplemento da obrigação (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, cessação de atividades etc).

Nesse contexto, a tutela material da mora pertinente às obrigações de fazer e não fazer, tímida e insipidamente tratada no Código Civil, ganha força e autoridade a partir da disciplina fixada no Código de Processo Civil, dada a possibilidade de o magistrado agir, inclusive *ex officio*, cominando uma multa, uma sanção, para a hipótese de o devedor manter-se injustificadamente no estado de letargia.

3. Definição das funções atribuídas à multa pecuniária prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC: entendida a razão histórica e o motivo de ser das *astreintes* perante o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se concluir que o instituto possui o objetivo de atuar em vários sentidos, os quais assim se decompõem: a) ressarcir o credor, autor da demanda, pelo tempo em que se encontra privado do bem da vida; b) coagir, indiretamente, o devedor a cumprir a prestação que a ele incumbe, punindo-o em caso de manter-se na inércia; c) servir como incremento às ordens judiciais que reconhecem a mora do réu e determinam o adimplemento da obrigação, seja ao final do processo (sentença), seja durante o seu transcurso (tutela antecipatória).

Assim, vislumbra-se uma função também de direito material a ser exercida pela multa pecuniária do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, queda indubitosa a titularidade do credor prejudicado pela mora sobre o produto resultante da aplicação da penalidade.

Ainda no ponto, cumpre firmar outras importantes premissas, principalmente a de que a multa pecuniária tem campo natural de incidência no estado de *mora debitoris*, ou seja, enquanto ainda há interesse do credor no cumprimento da obrigação, descartando-se sua aplicabilidade nas hipóteses de inadimplemento absoluto.

Por não gerar efeitos com repercussão no mundo dos fatos, mas apenas ressarcitórios e intimidatórios, a multa deve guardar feição de *ultima ratio*, cabendo ao magistrado, no momento de aferir a medida mais adequada para garantir o adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, ter sempre em mira que o próprio sistema de tutela específica previsto no art. 461 do CPC confere a possibilidade da adoção de providências muito mais eficazes, que significam a pronta satisfação do direito do demandante.

4. Enfrentamento do caso concreto: reforma do aresto estadual, no que extinguiu a demanda de execução, determinando-se a retomada da marcha processual.

Redução, todavia, da multa diária, fixada no curso da fase de conhecimento de ação monitória, para forçar a própria credora, autora da ação, a proceder à retirada do nome dos devedores perante os cadastros de proteção ao crédito.

Manifesto descabimento do arbitramento da multa a benefício dos réus da ação, justo que os instrumentos de tutela específica do art. 461 do CPC servem para satisfação do direito material reclamado na lide, pressupondo que o respectivo beneficiário ocupe posição de demandante, seja por meio de ação, reconvenção ou pedido contraposto. Ponto imutável da decisão, entretanto, frente à inexistência de impugnação oportuna pela parte prejudicada.

Circunstâncias que, examinadas sob os aspectos processual e sobretudo material da multa pecuniária, recomendam substancial diminuição do valor reclamado na execução de sentença.

Providência cabível, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, à luz do disposto no art. 461, § 6º, do CPC. Precedentes da Corte.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte.

(REsp 1.006.473/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 08.05.2012, DJe 19.06.2012)

3. Com efeito, penso que o melhor caminho, tal como se encontra a questão na lei de regência, deve levar em conta, a um só tempo, o momento em que a multa é aplicada pelo magistrado e também aquele em que esta se converte em crédito apto a ser exigido.

É que, diante da feição coercitiva da multa em questão, para sua aplicação, o magistrado é movido por desígnios de ordem dissuasória e intimidatória, no intuito de que as *astreintes* se mostrem capazes de compelir o devedor a cumprir a decisão que lhe é imposta, ciente este de que a incidência periódica da multa lhe causará dano maior. O propósito final é, portanto, o de que a multa nem incida concretamente.

Coisa diversa ocorre quando a multa outrora aplicada se converte em crédito, cujo montante deve ser pago pela parte renitente, depois de descumprida a ordem judicial, momento em que levar-se-á em conta o tempo em que a decisão não foi acatada.

Em outras palavras, se, na fixação das *astreintes*, o magistrado tem em mira um tempo futuro - o qual se pretende não transcorra sem o cumprimento da decisão -, por ocasião da exigência das *astreintes*, depois de a multa ter incidido concretamente, tem-se em vista um tempo pretérito, já escoado, sem que o obrigado tivesse acatado o comando que lhe fora dirigido, ainda que tardiamente.

O fato é que o tempo passa e a decisão não é cumprida, circunstância a revelar, nesse momento, que o caráter intimidatório das *astreintes* não foi suficiente para persuadir o devedor a cumprir a decisão, remanescendo assim apenas uma dívida.

Realmente, a linha de raciocínio que se vislumbra nas *astreintes*, no seu nascedouro, caráter coercitivo, não consegue explicar a que título o devedor paga a multa aplicada, muito menos a que título o beneficiário a recebe, depois de a multa incidir concretamente e frustrar-se por completo sua pretensão persuasiva.

Não se pode negar haver interesse imediato do credor da obrigação principal de que esta seja prontamente cumprida pelo obrigado, mostrando-se a

multa, por essa ótica, instrumento acessório para a realização do direito material violado.

Essa ideia decorre da própria predileção do atual sistema jurídico pela concessão da “tutela específica”, em detrimento da resolução em perdas e danos, circunstância que revela concentração de esforços no desiderato de entregar à parte exatamente aquilo a que tem direito, ou seja, concentração de esforços com o propósito de satisfazer interesse genuinamente privado.

4. De qualquer forma, para o arbitramento da multa e a definição de sua exigibilidade, bem como para eventuais alterações ao seu valor ou periodicidade, deve o magistrado sopesar diversos critérios.

Nessa esteira, penso merece o tema maior debate, notadamente pela manifesta divergência de entendimentos entre a Terceira e a Quarta Turmas desta Corte, não apenas em conflitos de julgados tendo como base fática situações diferentes, o que sempre ocorre em casos deste jaez. Na verdade, há uma notória pulverização da jurisprudência quanto a *critérios* de fixação da multa, a meu ver gerando insegurança e significativas alterações, a depender se o caso é julgado por uma ou outra Turma desta Corte Superior.

Deveras, na análise dos precedentes da Segunda Seção, verificam-se posicionamentos divergentes sobre os *critérios* de limitação da multa diária.

A Terceira Turma, em período mais recente, vem entendendo que a apuração *da razoabilidade e da proporcionalidade do valor das astreintes deve ser deslocada para o momento de sua fixação, em relação ao da obrigação principal*, e, caso não se verifique nenhum caráter abusivo, tem-se como irrelevante o valor total da dívida (se ultrapassou ou não o valor da obrigação principal), sob pena de se prestigiar a recalcitrância do devedor.

À guisa de exemplo:

Recurso especial. Obrigação de fazer. Cumprimento de sentença objetivando o recebimento de verba honorária. Redução do valor da multa pelo descumprimento de ordem judicial. Cabimento no caso concreto. Recurso parcialmente provido.

1. O art. 461 do Código de Processo Civil permite que o magistrado altere, de ofício ou a requerimento da parte, o valor da multa quando esse se tornar insuficiente ou excessivo, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, não havendo preclusão.

2. Isso porque “a natureza jurídica das *astreintes* - medida coercitiva e intimidatória - não admite exegese que a faça assumir um caráter indenizatório,

que conduza ao enriquecimento sem causa do credor. O escopo da multa é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da sua obrigação frente ao credor, não devendo jamais se prestar a compensar este pela inadimplência daquele” (REsp n. 1.354.913/TO, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 31.5.2013).

3. Consoante o entendimento da Segunda Seção, é admitida a redução do valor da *astreinte* quando a sua fixação ocorrer em valor muito superior ao discutido na ação judicial em que foi imposta, a fim de evitar possível enriquecimento sem causa. Todavia, *se a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade se faz entre o simples cotejo do valor da obrigação principal com o valor total fixado a título de astreinte, inquestionável que a redução do valor da última, pelo simples fato de ser muito superior à primeira, prestigiará a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, além do que estimulará os recursos com esse fim a esta Corte Superior, para a diminuição do valor devido, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias, que devem ser as responsáveis pela definição da questão, e da própria efetividade da prestação jurisdicional.*

4. *Diversamente, se o deslocamento do exame da proporcionalidade e razoabilidade da multa diária, em cotejo com a prestação que deve ser adimplida pela parte, for transferido para o momento de sua fixação, servirá de estímulo ao cumprimento da obrigação, na medida em que ficará evidente a responsabilidade do devedor pelo valor total da multa, que somente aumentará em razão de sua resistência em cumprir a decisão judicial.*

5. *Sob esse prisma, o valor total fixado a título de astreinte somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, nunca em razão do simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor.*

6. Esse critério, por um lado, desestimula o comportamento temerário da parte que, muitas vezes e de forma deliberada, deixa a dívida crescer a ponto de se tornar insuportável para só então bater às portas do Judiciário pedindo a sua redução, e, por outro, evita a possibilidade do enriquecimento sem causa do credor, consequência não respaldada no ordenamento jurídico.

7. Aplicando-se esse entendimento, e diante das particularidades do presente caso, em que o valor da obrigação principal era de R\$ 4.620,00 (quatro mil seiscentos e vinte reais), considero que a fixação da multa por descumprimento da ordem judicial em R\$ 1.000,00 (mil reais), por dia, distanciou-se dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual proponho a sua redução para R\$ 500,00 (quinhentos reais), sem alteração, contudo, do número de dias em atraso, patamar que se revela adequado para punir a insistência da instituição financeira em descumprir a ordem emanada do Poder Judiciário, sem gerar, por sua vez, o enriquecimento sem causa dos ora recorridos.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.475.157/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18.09.2014, DJe 06.10.2014)

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/1973. Ação indenizatória. Impugnação ao cumprimento de sentença. Pleito de redução da multa por eventual descumprimento de decisão judicial. Valor fixado que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Necessidade de reexame dos fatos da causa. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9.3.2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. *A apuração da razoabilidade e da proporcionalidade do valor da multa diária deve ser verificada no momento da sua fixação, em relação ao da obrigação principal, uma vez que a redução do montante fixado a título de astreinte, quando superior ao valor da obrigação principal, acaba por prestigiar a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir a decisão judicial e estimula a interposição de recursos a esta Corte para a redução da sanção, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias.*

Precedente. Inafastável a incidência da Súmula n. 83 do STJ.

3. Para modificar as conclusões do Tribunal de origem em relação ao valor da multa diária, é necessário o reenfrentamento do acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7 desta Corte.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 828.198/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23.08.2016, DJe 31.08.2016)

Processo Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ausência de prequestionamento. *Astreintes*. Minoração. Súmula n. 7/STJ. Valor total da dívida. Impossibilidade. Demora e inércia do devedor.

1. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas n. 282 e 356/STF quando as questões suscitadas no recurso especial não tenham sido debatidas no acórdão recorrido nem, a respeito, tenham sido opostos embargos declaratórios.

2. Aplica-se a Súmula n. 7/STJ se o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

3. *O valor total fixado a título de astreinte somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação*

que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, nunca em razão do simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor (REsp n. 1.475.157/SC).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 820.239/GO, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 17.05.2016, DJe 20.05.2016)

A Quarta Turma, por sua vez, vem adotando o entendimento de que o parâmetro de razoabilidade e proporcionalidade do *valor da multa diária deve ser correspondente ao valor da obrigação principal*, notadamente porque o principal objetivo da medida é o cumprimento do *decisum* e não o enriquecimento da parte. Nessa linha, em obséquio ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, costuma reduzir o valor das *astreintes* a patamares mais módicos do que os geralmente praticados no âmbito da Terceira Turma, à vista da predileção desta última à exacerbação da multa cominatória.

Nesse sentido:

Civil e Processual. Automóvel. Defeito de fabricação. Substituição. Execução de *astreintes*. Penalidade elevada. Redução. Possibilidade. Limitação ao valor do bem perseguido na ação de conhecimento.

I. É possível a redução das astreintes fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa.

II. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(REsp 947.466/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 17.09.2009, DJe 13.10.2009)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Multa diária. Redução do *quantum*. Possibilidade. Desproporção entre o valor da obrigação principal e o cômputo da multa. Precedentes. Recurso conhecido e não provido.

1. As *astreintes* não têm o fito de reparar eventuais danos ocasionados pela recalcitrância quanto ao cumprimento de decisão judicial, mas sim o de compelir o jurisdicionado - sem, com isso, acarretar enriquecimento sem causa para a parte beneficiada pela ordem - a cumprir a ordem da autoridade judiciária.

2. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que, tanto para se atender ao princípio da proporcionalidade quanto para se evitar o enriquecimento ilícito, o teto do valor fixado a título de *astreintes* não deve ultrapassar o valor do bem da obrigação principal. Precedentes.

3. No presente caso, considerando as circunstâncias fáticas levantadas pela Corte local, para que se evite enriquecimento sem causa, tendo em vista a

desproporção entre o valor da obrigação principal (R\$ 40.000,00) e o cômputo da multa (R\$ 500.000,00), é necessária a redução do valor total das *astreintes*, já que não se mostra razoável. Multa total reduzida para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 666.442/MA, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13.10.2015, DJe 20.10.2015)

Agravo regimental. Recurso especial. *Astreintes*. Fixação em valor elevado. Redução. Possibilidade. Limitação ao valor da obrigação principal. Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça. Alegação de violação a dispositivos legais em sede de agravo regimental. Impossibilidade. Preclusão consumativa.

1. “É possível a redução das *astreintes* fixadas fora dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, fixada a sua limitação ao valor do bem da obrigação principal, evitando-se o enriquecimento sem causa” (REsp 947.466/PR, DJ de 13.10.2009). Incidência da súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça.

2. A alegação, já em sede de agravo regimental, de violação aos arts. 475-E e 609 do Código de Processo Civil consubstancia providência vedada pela preclusão consumativa, uma vez que a faculdade processual de recorrer já foi exercida, com todas as suas implicações, quando da interposição do especial.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 541.105/PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 04.02.2010, DJe 08.03.2010)

Parece, em princípio, ter sido esse o entendimento da Corte Especial que, apesar de não ter conhecido dos embargos de divergência, realçou, em seu julgado, que a multa não poderia ser incompatível com a obrigação principal:

Civil e Processual Civil. *Astreintes*. Fixação pela Turma de termo inicial combinado com a redução de valor. Embargos de divergência. Dissídio não configurado. Ausência de similitude fático-jurídica. Recurso não conhecido.

I. Inadmissíveis os embargos de divergência quando inexiste rigorosa similitude fático-jurídica entre as espécies confrontadas.

II. Fixação de parâmetros, pelo acórdão turmário embargado, para fim de incidência de multa, que tomou em consideração, simultaneamente, o valor da penalidade e o termo inicial em que passaria a incidir, ante a situação específica verificada nos autos.

III. Ademais, a pretensão dos embargos, de alteração exclusiva de um dos parâmetros (termo inicial das *astreintes*), desequilibraria a equação em que se baseou o órgão fracionário para a solução do litígio, tornando o valor de multa diária

excessiva e incompatível com a obrigação positiva atribuída à parte contrária, se aplicada retroativamente no tempo.

IV. Embargos de divergência não conhecidos.

(EREsp 976.670/BA, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, Corte Especial, julgado em 16.02.2011, DJe 03.06.2011)

5. Em razão disso, tendo em conta o movimento pendular da jurisprudência no que toca aos valores de enriquecimento sem causa do credor e o descaso do devedor no cumprimento de sua obrigação, parece oportuno proceder-se a novas reflexões acerca desse importante instrumento de efetivação da tutela judicial, sobretudo no que diz respeito aos parâmetros mínimos de fixação do valor, estabelecendo-se, ao menos, um norte de estabilização para seu arbitramento.

Destaco, de plano, que “a tarefa do juiz, no caso concreto, não é das mais fáceis. Se o valor não pode ser irrisório, porque assim sendo não haverá nenhuma pressão sendo efetivamente gerada, também não pode ser exorbitante, considerando-se que um valor muito elevado também desestimula o cumprimento da obrigação. Valendo-se de uma expressão poética revolucionária, *tem-se que endurecer sem perder a ternura*” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 950).

O Código Processual de 1939 limitava expressamente o montante da multa ao valor da obrigação:

CPC/1939

Art. 1.005. Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que *não exceda o valor da prestação*.

A situação foi alterada, pois da leitura atenta dos dispositivos que regulam a matéria, tanto no CPC de 1973, assim como no vigente estatuto processual civil, verifica-se que o legislador, a princípio, escolheu dois critérios a nortear o aplicador da norma: a obrigação e o prazo razoável para cumprimento:

CPC/1973

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

CPC/2015

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Deve-se ter em conta, ainda, que, no anteprojeto do novo CPC, também havia a previsão de vinculação ao valor da obrigação no tocante ao que fosse vertido em favor do credor, apesar de também acabar reconhecendo que a condenação poderia exceder à prestação, sendo que o restante seria destinado ao ente estatal:

§ 5º O valor da multa será devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa.

§ 6º Sendo o valor da obrigação inestimável, deverá o juiz estabelecer o montante que será devido ao autor, incidindo a regra do § 5º no que diz respeito à parte excedente.

No entanto, como se percebe, o referido liame com o valor da obrigação não foi repetida na redação final do CPC/2015, notadamente pela escolha do credor como único destinatário do produto pecuniário advindo da multa.

Apesar disso, penso que a vinculação do valor da multa coercitiva com a expressão monetária da obrigação principal, ainda assim, deve ser um dos elementos a guiar o intérprete, a despeito de não ser o único, mas tendo sempre como bússula os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, além da efetividade do processo e da dignidade da pessoa humana.

6. Assim, sempre e sempre, dependendo das circunstâncias do caso concreto, devem ser observados os seguintes parâmetros na fixação da multa coercitiva:

i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado

O legislador, na previsão expressa no § 4º do art. 461 do CPC/1973 e 537, *caput*, do CPC/2015, realçou que o juiz, ao aplicar multa, deve se atentar para que seja *suficiente e compatível com a obrigação*.

Dessarte, não há como escapar da previsão de que o valor deve ter como referência a obrigação perseguida, seja no momento inicial de sua fixação (como entende a Terceira Turma), seja no momento final, para evitar que se torne uma forma de enriquecimento sem causa (como pondera a Quarta Turma).

Isso porque, não se pode negar, o objeto da proteção legal é o resultado da obrigação. Por isso, a multa “deverá, de acordo com a sua função, corresponder a uma quantia suficiente para constranger, em face das posses do devedor e a *expressão econômica da obrigação*” (Theodoro Júnior, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. p. 246).

Deveras, como visto, “a lei faz referência a ‘suficiência’ e ‘compatibilidade’ da multa com a ‘obrigação’ (art. 461, § 4º). Tais parâmetros prestam-se não só a indicar as hipóteses de cabimento da multa, como ainda *definem os seus limites quantitativos*” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*, São Paulo: RT, 2003, p. 247).

No entanto, ressalte-se, não significa que deva o arbitramento da multa ser necessariamente coincidente com o valor da obrigação ou ter essa como limite econômico do dever tutelado, sendo apenas um ponto de equilíbrio para regular a efetividade da tutela e a não oneração do devedor além da medida necessária, devendo adequar os meios empregados aos fins adotados.

É o que adverte Dinamarco:

Isso não significa que o juiz tenha a mais ampla e irrestrita liberdade para fixar multas em valores estratosféricos, *inteiramente destoantes da obrigação principal* e talvez até acima da capacidade do próprio obrigado. Como sempre, os superiores princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem comandar os arbitramentos que o juiz fará a esse respeito, dosando bem energicamente as multas em valores capazes de incomodar o obrigado, motivando-o a adimplir, mas sem chegar ao ponto de produzir uma devastação em seu patrimônio.

[...]

Não convém ter por certo, como também já se decidiu, que ‘a multa não poderá jamais superar o valor da obrigação principal’. Tudo depende do caso. *Não aberraria do sistema nem é desproporcional permitir que o valor da obrigação principal seja superado pelo valor das multas acumuladas durante longo tempo, porque o crescimento do valor total terá sido motivado pela renitência do próprio obrigado, quando ele teimar em não cumprir, deixando deliberadamente passar o tempo.*

Estamos no campo da jurisdição de equidade, no qual o juiz decide sem as limitações ordinariamente ditadas em lei mas deve também estar atento aos objetivos a serem atingidos, ao valor do justo e à realidade econômica, política, social ou familiar em que se insere o conflito. No que se refere às *astreintes*, ele as arbitrará com atenção ao binômio suficiência-compatibilidade, estabelecido no § 4º do art. 461 do Código de Processo Civil, sem ficar em níveis que não cheguem a preocupar o obrigado teimoso nem passar aos exageros de multas arrasadoras e talvez difíceis de serem pagas.

(*Instituições de direito processual civil*, 2 ed. Vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 470-471).

Não se pode olvidar, de outra parte, que o STJ afastou eventual interpretação analógica, para fins de definição do *quantum* da multa coercitiva com o instituto da cláusula penal (que não pode exceder o valor da obrigação principal), em *leading case* contido no REsp 8.065/SP, em que ficou assentado:

Em boa hora, a lei em vigor desvinculou o preceito cominatório do valor da obrigação ou da prestação, porque não se cuida de pena civil, mas de pena judicial, que diz com a efetividade do processo e com a compulsividade da ordem do juiz. O preceito cominatório não tem caráter compensatório; tanto que não exclui perdas e danos. É pena que tem a ver com a coercitividade do provimento judicial.

Daí não se poder pensar na aplicação analógica do art. 920 do Código Civil, porque o espírito da lei, naquela disposição, é diverso da inteligência do art. 644 do CPC. Aquele visa coibir o abuso nas convenções particulares que podem

proporcionar benefícios extraordinários ao credor ou mais do que os danos resultantes no inadimplemento da obrigação pelo obrigado. Este, como já afirmei, é uma cominação que visa obrigar o cumprimento da decisão judicial. Onde não há a mesma razão inaplicável é a mesma disposição.

Nesse sentido, ainda, o seguinte julgado:

Multa. Cláusula penal. Multa compensatória. Limitação do art. 920 do Código Civil. Precedente da Corte.

1. Há diferença nítida entre a cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer.

E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o Juiz condena a parte ré ao pagamento de multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a limitação contida no art. 920 do Código Civil. Se, ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial, para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o art. 644 do Código de Processo Civil, com o que não há teto para o valor da cominação.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 196.262/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 06.12.1999, DJ 11.09.2000, p. 250)

Dessarte, a vinculação das *astreintes* à obrigação principal ou à dimensão econômica do dever, apesar de parâmetro confiável, não é, por óbvio, critério absoluto, sendo apenas um dos elementos a ser levados em conta.

Até porque, não se pode perder de vista que, no fim e ao cabo, a multa é apenas um meio, um instrumento, afeto a garantir a tutela do provável direito do credor.

Em sendo a prestação almejada de *valor inestimável ou diminuto*, deverá o juiz estabelecer as *astreintes* com base na *equidade*, tendo-se em conta a importância do bem jurídico tutelado.

No ponto, adverte a doutrina que:

[...] quando infungível o dever de fazer ou dever de não fazer (este, em si, sempre infungível), e sem exata equivalência monetária (ex: ofensa a danos personalíssimos): em tal hipótese, nem há de se cogitar de 'enriquecimento sem causa' ou figura similar. Se o dever originário de fazer ou de não fazer - ou, por outro ângulo, o dano decorrente de sua inobservância - era pecuniariamente

inestimável, inexistirá parâmetro para afirmar a ocorrência de um ganho injustificado do autor, por receber o crédito da multa. Não haverá termos para comparação. A única constatação que se poderá fazer com razoável segurança é a de que o réu, se prefere insistir na transgressão, considera o cumprimento do dever específico um sacrifício menor do que a multa.

(TALAMINI, Eduardo. ob. cit., p. 266).

É o caso, por exemplo, de paciente com risco de vida, em que o plano de saúde se nega a autorizar o procedimento cirúrgico necessário, devendo a medida pecuniária adotada ser adequada a ponto o suficiente de coagir o devedor ao cumprimento da ordem judicial de forma urgente, isto é, muito provavelmente deverá ser arbitrada em valores elevados e exigíveis quase que de forma imediata.

Por outro lado, não poderá haver o mesmo sopesamento na avaliação de multa com o fito de coagir o devedor a retirar o nome de determinada pessoa dos cadastros de devedores ou a emitir um boleto bancário, a cessar determinada publicação na internet, a restabelecer o fornecimento de energia, etc.

ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade)

O legislador estabeleceu, ainda, no tocantes às *astreintes*, a fixação de prazo razoável para o cumprimento do preceito (CPC/73, art. 461, § 4º, e CPC/2015, art. 537, *caput*).

Deveras, em relação ao tempo, o juízo deverá levar em conta prazo razoável para o cumprimento da obrigação, dependendo da natureza e da urgência da tutela pretendida, o que acaba refletindo na ponderação do valor.

Com efeito, o prazo de incidência não necessita ser apenas diário, podendo ser definido em minuto, hora, semana, quinquena, mês, ou, até mesmo, de forma fixa (notadamente para as violações de natureza instantânea).

iii) capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor

A capacidade econômica e de resistência do devedor também são importantes critérios para fins de delimitar o efeito intimidatório da multa, possibilitando seja apta a agir no ânimo do obrigado e influenciá-lo a fazer ou a não fazer determinado comportamento.

Com efeito, “o juiz considerará o patrimônio do devedor - quanto mais rico, maior o valor da pena - e a magnitude da provável resistência” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. São Paulo: RT, 2010, p. 667).

É também viés do princípio da menor onerosidade do devedor, uma vez que a multa não poderá ser inviável para o executado, assim como não poderá ser capaz de reduzi-lo à insolvência.

Por outro lado, não se pode olvidar que o devedor, em verdade, está arcando com montante pecuniário adicional, em virtude da própria conduta livre e espontânea.

Nesse passo, merece destaque o comportamento do devedor e o custo/benefício.

De fato, deve-se ter em conta, ainda, as vantagens e o benefício econômico que o devedor poderá ter com a inobservância do preceito judicial.

Realmente, a aferição da provável resistência resultará da combinação da capacidade patrimonial e do interesse na resistência do réu, como bem adverte a doutrina:

Haverá casos em que o réu, embora de patrimônio reduzido, venha a auferir grande vantagem patrimonial justamente pela prática reiterada de conduta que lhe é proibida por dever de abstenção declarado no preceito judicial. É evidente a insuficiência da simples análise do patrimônio do demandado, neste caso, para o cálculo da multa.

Da mesma forma, poderá haver réu de patrimônio abundante, mas que, diante de obrigação de pequeno valor e interesse, dispense uma ameaça desproporcional a seu patrimônio para sentir-se pressionado ao cumprimento da ordem.

(AMARAL. Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p.168).

iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate de loss)

Na ponderação do valor da multa, deve-se ter em conta, ainda, o comportamento do magistrado e do credor, em decorrência do princípio da boa-fé processual. É que o magistrado, no tocante à multa, em razão do princípio da cooperação (NCPC, art. 6º), tem o dever, assim como as partes, de buscar a solução do processo de forma efetiva, justa e em tempo razoável.

Assim, é dever do juiz utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente, verificando alguma medida de apoio que não traga tantos prejuízos para as partes.

Aliás, o em. Min. Marco Buzzi destacou, em seu voto, no julgamento do REsp n. 1.006.473/PR, que “a praxe judiciária, ao se deparar com a tutela de obrigações de fazer ou não fazer, é no sentido de valer-se quase que sempre primeiramente da multa, como uma verdadeira panacéia, esquecendo-se, contudo, que o CPC confere ao magistrado a possibilidade de utilização de medidas muito mais eficazes e que rendem o pronto adimplemento da obrigação”.

Deveras, o magistrado, depois de impor a multa (ou até de majorá-la), constatando que o referido apenamento não logrou êxito em compelir o devedor para realização da prestação devida, ou, ainda, sabendo que se tornou jurídica ou materialmente inviável a conduta, deverá suspender a exigibilidade da medida e buscar outros meios para alcançar o resultado específico equivalente.

É o que destaca Scarpinella:

Assim, e de forma bem direta, a multa é arbitrada com a expectativa de que ela seja suficiente para obter do réu o fazer ou não fazer desejado pelo autor. Na exata medida em que ela não tenha o condão de levar àquele resultado (ou próximo a ele: tutela específica ou resultado prático equivalente), não há motivo para entender que a multa incida indeterminadamente. O caso é de adoção de outras medidas de apoio e, se for o caso, de conversão da obrigação em perdas e danos. Até mesmo, não há como descartar, que o réu seja *sancionado* pela multa do parágrafo único do art. 14 do CPC mas, neste caso, há necessidade de observância do regime jurídico daquela multa, inclusive a tarifação constante daquele dispositivo da lei processual civil. O que deve ser evitado é que a demora na obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente por ato do réu ou, até mesmo do próprio autor, renda ensejo a uma deformação da função da multa do art. 461 e dos seus §§ 4º a 6º: ou ela serve para o cumprimento da obrigação tal qual ajustada no plano material, quando menos a um resultado prático equivalente, ou ela, a multa, deve ser *substituída* por outra medida de apoio. Neste caso, justamente porque ela deve ser substituída, ela não subsiste e, por isto, não pode ser cobrada pelo autor.

(SCARPINELLA. in. *Código de processo civil interpretado*. 3 ed. Antônio Carlos Marcato (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.477)

Também é a ressalva do Min. Sálvio de Figueiredo:

Por outro lado, sob o prisma estritamente jurídico também não se pode invocar ofensa à *res iudicata*, na medida em que a pena imposta teve por objetivo um *desideratum*: coagir o obrigado a cumprir o preceito, não tendo fim em si mesma. Ora, se se mostra inviável essa concretização, não há porque persistir na

cominação. Como proclamavam os antigos romanos, que em brocardos latinos refletiam o esplendor da sua genialidade no campo jurídico, *Ad impossibilia nemo tenetur*.

Ademais, poder-se-ia aduzir, por cediço, que, em se tratando de execução específica (como o é a obrigação de fazer), inviabilizando-se a solução contemplada em lei, faz-se a sua conversão em execução genérica, subsidiária, que é a execução por quantia certa, a título de perdas e danos, pelo que ajustáveis ao caso vertente as normas dos arts. 920 e 924 do Código de Processo Civil.

(trecho do voto no REsp 13.416/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 17.03.1992, DJ 13.04.1992)

No tocante ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5º e 6º) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele também tentar mitigar sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da *supressio*.

Foi a conclusão obtida no enunciado 169 das Jornadas de Direito Civil, segundo o qual “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

A doutrina processual destaca que:

O direito privado prevê a existência de um dever do credor de minimizar as suas perdas (*duty to mitigate the loss*). Esse dever decorre do princípio da boa-fé (art. 422 do Código Civil), sendo um dos deveres anexos que o tratamento cooperativo do vínculo obrigacional impõe ao credor. Ao não diligenciar que o valor dos próprios prejuízos não aumente consideravelmente, o credor cometerá abuso de direito, ferindo, portanto, o princípio da boa-fé.

[...]

*Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (supressio), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso do direito. Trata-se, pois, de mais um **ilícito processual caducificante**.*

(DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 5, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 475/477)

Nesse sentido:

Direito Civil. Contratos. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. *Duty to mitigate the loss*. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual. Recurso improvido.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. *Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.*

4. *Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.*

5. *Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).*

6. Recurso improvido.

(REsp 758.518/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 17.06.2010, REPDJe 1º.07.2010, DJe 28.06.2010)

7. No ponto, buscando, pois, uma harmonização dos critérios para o equilíbrio da jurisprudência desta Corte em torno do assunto, e levando em conta o caso concreto, a tutela antecipada, concedida na ação de obrigação de fazer c/c indenizatória em 07.02.2013, determinou à instituição financeira que procedesse, no prazo de 72 horas - sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) - à retirada dos registros no Detran do gravame existente sobre o veículo de propriedade da autora, bem como se abstinhasse de promover a busca e apreensão do automóvel (fl. 95, apenso), sendo que, a citação/intimação do devedor ocorreu em 15.04.2013 (fl. 99, apenso) e o cumprimento da obrigação

só se deu 407 dias após, por ordem direta do Juízo (fl. 289, apenso) e não em razão do cumprimento espontâneo da agravada.

A sentença, datada de 29.07.2013, arbitrou a indenização por danos materiais e morais no importe de R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais) (fls. 167-173, apenso).

A instituição financeira, ora agravada, pagou o valor da indenização (R\$ 32.904,26) em 15 de maio de 2014, tendo a agravante requerido o cumprimento de sentença no tocante ao saldo devedor, no importe de R\$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos), em razão da recalcitrância do devedor no cumprimento da ordem judicial.

Como visto, o magistrado de piso e o acórdão de origem acataram a execução do montante do saldo devedor, tendo a douta Min. Relatora reduzido a condenação para o importe correspondente à obrigação que considerou principal (ação de danos materiais e morais), R\$ R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), o que equivaleria a uma multa diária de R\$ 81,00.

Ocorre que, diante da moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, somada aos critérios objetivos acima especificados, tenho que a multa coercitiva tinha como intento principal determinar que o devedor retirasse o gravame existente sobre o veículo da autora e se abstivesse de realizar a sua busca e apreensão, permitindo, assim, que a real proprietária efetivasse a almejada alienação do bem, obstando, ao mesmo tempo, que a financeira realizasse a remoção judicial do automóvel.

Nesse passo, penso que a obrigação principal era, em verdade, a liberação incondicional do veículo, permitindo sua transferência, e, por conseguinte, é o valor do automóvel, à época, R\$ 110.000,00, que deve ser considerado como o valor da obrigação principal, até por ser esse, no fim e ao cabo, o real bem jurídico perseguido pela tutela cominatória (obrigação de liberar o veículo inteiramente pago), tendo a agravante ficada impossibilitada, durante 407 dias, de usufruir livremente de sua propriedade.

Inclusive, observada sempre a máxima vênia, tenho que, nos termos da petição inicial (fls. 32-50, do apenso), a pretensão era tanto o preceito cominatório como a indenização por danos materiais e morais, não se podendo limitar a obrigação principal aos referidos danos suportados (sofrimento moral - R\$ 20 mil - e compensação pelas horas que ficou sem trabalhar - R\$ 4.848,24).

Partindo desse viés, verifica-se, ainda, que o valor inicial das *astreintes* em R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia foi condizente e razoável com a obrigação

inicial, considerando-se a capacidade econômica e de resistência do devedor, sendo que, mesmo assim, não foi apta a impingir na devedora o cumprimento de seu dever imposto, levando a crer que a opção pelo descumprimento lhe foi mais vantajosa.

Por fim, verifica-se que, na espécie, o credor poderia ter requerido ou o juízo determinado, inicialmente, ou, ao menos, em momento bem anterior, que fosse oficiado diretamente ao Detran para que se alcançasse a pretensão almejada, demonstrando a desnecessidade da multa coercitiva. A credora só veio a pleitear essa medida 407 dias após, no momento em que peticionou cobrando o saldo remanescente (fl. 261, apenso).

Assim, levando-se em conta os referidos parâmetros e tentando conciliar o entendimento das Turmas da Segunda Seção do STJ, penso que o valor de R\$ 408.335,96 foge muito da razoabilidade, tendo em conta o valor da obrigação principal, aproximadamente R\$ 110.000,00.

Levando-se em consideração, ainda, a recalcitrância do devedor e, por outro lado, a possibilidade de o credor ter mitigado o prejuízo, assim como poderia o próprio juízo ter adotado outros meios suficientes para o cumprimento da obrigação, penso seja razoável reduzir a condenação da multa coercitiva para o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos monetariamente desde a data da intimação para o cumprimento da obrigação (15.04.2013) e escoado o prazo para tanto (72 horas – 19.04.2013).

8. Ante o exposto, pedindo à máxima vênia a douta Ministra Relatora, dou parcial provimento ao agravo interno para estabelecer o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de multa coercitiva, corrigidos monetariamente desde 19 de abril de 2013.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.071.458-MG (2008/0147126-4)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: F A

Advogado: Juliana Vieira Lobato e outro(s) - MG074232

Recorrido: F A R T R

Advogados: Juliana Gontijo e outro(s) - MG040595

Adailton da Rocha Teixeira e outro(s) - DF019283

EMENTA

Recurso especial. Civil e Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada. Pedido julgado improcedente por ausência de provas. Exame de DNA não realizado. Coisa julgada. Relativização. Ação de estado. Prevalência da verdade real. Jurisprudência consolidada. Recurso provido.

1. A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade anteriores à universalização do exame de DNA encontra-se consolidada no eg. Supremo Tribunal Federal (RE 363.889/MG, Rel. Ministro *Dias Toffoli*) e também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (AgRg nos EREsp 1.202.791/SP, *Segunda Seção*, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*).

2. A necessidade de prevalência da verdade real no reconhecimento das relações de parentesco, amparadas em ações de estado (CPC/1973, arts. 469, II, e 471, I; CPC/2015, arts. 504, I, e 505, I), tem ensejado, ante as novas descobertas científicas, discussão acerca da relativização da coisa julgada. O Poder Judiciário não pode, sob a justificativa de impedir ofensa à coisa julgada, desconsiderar os avanços técnico-científicos inerentes à sociedade moderna, os quais possibilitam, por meio de exame genético, o conhecimento da verdade real, delineando, praticamente sem margem de erro, o estado de filiação ou parentesco de uma pessoa. Com a utilização desse meio de determinação genética, tornou-se possível uma certeza científica (quase absoluta) na determinação da filiação, enfim, das relações de ancestralidade e descendência, inerentes à identidade da pessoa e sua dignidade.

3. Deve ser relativizada a coisa julgada firmada em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por insuficiência de provas, na qual o exame hematológico determinado pelo juízo deixou de ser realizado, no entender do Tribunal de origem, por desídia da parte autora. Fundamento que não pode servir de obstáculo ao conhecimento da verdade real, uma vez que a autora, à época da

primeira ação, era menor impúbere, e o direito à paternidade, sendo personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, não pode ser obstado por ato atribuível exclusivamente à representante legal da parte, máxime considerando-se que anterior à universalização do exame de DNA.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Presidente) e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 15.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se, na origem, de ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos proposta por F. A. P. contra F. A. R. T. R.

Em contestação, o réu deduziu preliminar de coisa julgada material, apontando a existência de ação anterior idêntica ajuizada em nome da autora por sua genitora, julgada improcedente.

A preliminar foi rejeitada pelo il. Juízo de primeiro grau que, no mesmo ato, deferiu a produção de provas documental, pericial e oral (fl. 26).

Contra a decisão foi interposto agravo de instrumento, tendo o eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais dado provimento ao recurso do réu, nos termos do acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Investigação de paternidade. Coisa julgada. Ocorrência. Prova pericial. Produção antecipada. Recusa do autor. Ausência de provas. Inexistência de vínculo. Presunção. Decisão reformada. Merece reforma a decisão

que rejeita a preliminar de coisa julgada em ação de investigação de paternidade se, à época da primeira ação, a autora, maior interessada na solução do litígio, se recusou à produção da prova pericial, nem mesmo levou elementos suficientes para formar o convencimento do julgador, no sentido de se atender à sua pretensão, pelo que se faz presumir a exclusão da paternidade. Recurso a que se dá provimento. (fl. 174).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 197/201).

Inconformada, a autora interpôs recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, apontando violação dos arts. 11, 1.596 e 1.602 do Código Civil de 2002, 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e 467 do Código de Processo Civil de 1973, bem como divergência jurisprudencial.

Alega a recorrente que, à época da propositura da primeira ação de investigação de paternidade, tinha apenas seis meses de idade, e que o ônus pela não realização do exame de DNA não lhe pode ser atribuído, prejudicando seu direito ao reconhecimento da paternidade.

Afirma que o direito à paternidade é personalíssimo, indisponível e imprescritível (ECA, art. 27), e que a confissão, que no caso seria ficta, é insuficiente para excluir a paternidade (CC/2002, art. 1.602), sustentando, outrossim, a inexistência de coisa julgada material na primeira sentença, uma vez que a ação foi julgada improcedente exclusivamente por falta de provas.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 357/374).

O Ministério Público Federal, pelo il. Subprocurador-Geral da República *Durval Tadeu Guimarães*, opinou pelo provimento do recurso (fls. 425/429).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): 1. O recurso será examinado à luz do Enunciado 2 do Plenário do STJ, nos seguintes termos: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”

Conforme relatado, cuida-se, na origem, de ação de investigação de paternidade ajuizada por F. A. P., ora recorrente, contra F. A. R. T. R., o qual,

em contestação, deduziu preliminar de coisa julgada material, apontando a existência de idêntica ação anterior ajuizada em nome da autora por sua mãe e representante legal.

A preliminar foi rejeitada pelo il. Juízo de primeiro grau, nos seguintes termos:

[...] Tentada a conciliação, restou infrutífera, pelo Juízo foi declarado saneado o processo rejeitando a preliminar da existência de coisa material, judiciosamente deduzida na contestação, porquanto *a cópia da sentença proferida na primeira ação (fls. 67 verso/68), revela que o pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas, em primeiro de outubro de 1985, portanto, sem que se pudesse realizar o exame de DNA. Assim, com base no art. 27 do ECA e forte na jurisprudência que nestes casos considera a relativização da coisa julgada em homenagem ao princípio da verdade real, fica rejeitada a preliminar suscitada, deferindo a produção de prova pericial, documental e prova oral [...].* (fl. 26, grifou-se).

A colenda Corte Estadual, no entanto, deu provimento ao agravo de instrumento do réu para acolher a preliminar, extinguindo o processo sem julgamento do mérito à base da seguinte fundamentação:

Ao que se vê, a ação em tela já havia sido anteriormente proposta pela agravada e, naquela ocasião, foi o pedido julgado improcedente, por entender o MM. juiz singular não haver no processo uma única prova capaz de sustentar a paternidade então atribuída ao ora agravante. (fls. 53/58-TJ).

É sabido que, à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, a repetição de ação anteriormente ajuizada, julgada improcedente por insuficiência de provas, não mais é obstada pela ocorrência de coisa julgada material que, em casos de tal natureza, tem sido relativizada, por se tratar de direito indisponível, inalcançável pelo fenômeno da coisa julgada.

Segundo o entendimento atual, para que isso ocorra, necessária a inviabilidade na produção de provas suficientes à formação do convencimento do julgador, em especial, *in casu*, a prova pericial que, à época, consistia na perícia hematológica.

Entretanto, no presente caso, ha uma peculiaridade a se ressaltar.

[...]

Conforme se extrai de fls. 65-TJ, *de fato, à época da primeira ação, foi requerida pelo agravante a produção de prova pericial hematológica, por ele custeada, não tendo a agravada comparecido ao local designado para a realização do exame, embora devidamente intimada.*

Com isso, a contrário sensu, julgado improcedente o pedido inicial, e tendo a autora se recusado a fazer o exame, sem dúvida, atraiu para si o ônus da prova porque passou a existir a presunção *iuris tantum* de que o réu não era mesmo seu pai.

Todavia, não bastasse sua recusa à realização de prova pericial, a autora, aqui agravada, não logrou êxito em produzir provas em contrário para desfazer a presunção, eis que também não esteve presente à audiência de instrução e julgamento, em que foi prolatada a sentença.

Ressalte-se ainda que todos os depoimentos colhidos naquela ação foram unânimes no sentido de que inexistiu qualquer relacionamento entre a mãe da autora e o réu, de forma a autorizar a paternidade ali perquirida, ou seja, a autora se desincumbiu (sic) do ônus que lhe competia, conforme disposto no artigo 333, do Código de Processo Civil, verbis:

[...]

Com efeito, entendo que ao presente caso não se aplica a hipótese de relativização da coisa julgada eis que, como se vê, a autora (agravada), maior interessada, se furtou à solução do litígio pelos meios então disponíveis e seguros, o que culminou na improcedência do pedido.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, de forma que se acolha a preliminar de coisa julgada, extinguindo o processo sem julgamento de mérito. (fls. 176/178)

Acrescentou, ainda, o eg. Tribunal de origem, em sede de embargos de declaração:

Não se desconhece que, em se tratando de investigação de paternidade, tem se admitido a relativização da coisa julgada. Lembre-se, todavia, de que não se trata de regra, e sim, de exceção, isto é dizer, o julgador não pode se distanciar da especificidade de cada caso.

No caso dos autos, todavia, como já bem explicitado no v. acórdão, os documentos carreados ao processado em questão, - frise-se - não desconstituídos pela embargante, dão conta de que a improcedência do pedido formulado na primeira ação investigatória se deu, única e exclusivamente, pela desídia da investigante, o que inviabiliza a relativização da coisa julgada. Foi este o entendimento da Turma Julgadora no caso concreto.

O acórdão ressaltou o fato de que, não bastasse ter a embargante se furtado à produção da prova pericial, então deferida ao tempo da primeira ação, bem como não ter comparecido à audiência de instrução e julgamento, não levou ao magistrado quaisquer elementos suficientes para provar a paternidade então perquirida.

Vale dizer, a solução do litígio restou obstada por culpa da maior interessada em seu desfecho, quem seja, a própria embargante.

[...]

Outrossim, não tem respaldo legal o argumento da embargante de que, quando proposta a primeira ação, possuía apenas seis anos de idade, não podendo, portanto,

ser penitenciada pela conduta de sua mãe. Pelo contrário, tal argumento vai contra texto expreso de lei.

Confira-se, a propósito, o disposto do então artigo 384, do Código Civil de 1916:

Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

(...)

V - representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprimindo-lhes o consentimento; (fls. 199/201).

2. Segundo o que consta dos autos, na ação de investigação de paternidade anteriormente ajuizada pela ora recorrente, então menor impúbere, “o pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas, em primeiro de outubro de 1985, portanto, sem que se pudesse realizar o exame de DNA” (fl. 26). Decorridos, aproximadamente, 20 anos da ação primitiva, a autora, agora maior de idade, alegando que a não realização, à época, da prova pericial hematológica determinada pelo juízo deu-se exclusivamente por culpa de sua genitora, então sua representante legal, ingressa com nova ação de investigação, requerendo a realização de exame de DNA e, ao final, o reconhecimento da paternidade alegada (fls. 32/40).

A controvérsia, portanto, cinge-se a saber se admissível a relativização da coisa julgada estabelecida em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por insuficiência de provas, na qual o exame hematológico determinado pelo juízo deixou de ser realizado por suposta desídia da parte autora, à época representada por sua genitora, conforme expressamente reconhecido pelas instâncias ordinárias (fls. 199/201).

3. A relativização da coisa julgada nas ações de estado envolvendo investigação de paternidade anterior à universalização do acesso ao exame de DNA encontra-se sedimentada pelo entendimento do eg. Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 363.889/MG, da relatoria do em. *Ministro Dias Toffoli*, cuja ementa é a seguinte:

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

fundamental à busca da identidade genética do ser, como emanção de seu direito de personalidade.

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

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

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

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

5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

(RE 363.889/MG, Rel. Ministro **Dias Toffoli**, DJe de 16.12.2011)

Esse entendimento foi expressamente acompanhado pela eg. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do v. acórdão assim ementado:

Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Direito de Família. Exame de DNA. Coisa julgada. Mitigação. Possibilidade.

1. Nas ações de estado, como as de filiação, deve-se dar prevalência ao princípio da verdade real, admitindo-se a relativização ou flexibilização da coisa julgada.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 363.889/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe de 16.12.2011, reconheceu a repercussão geral da questão e, no mérito, consolidou o entendimento de que “deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo”.

3. É possível, com base na Súmula n. 168/STJ, inadmitir embargos de divergência quando a jurisprudência da Corte estiver no mesmo sentido do acórdão embargado.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 1.201.791/SP, Rel. *Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva*, Segunda Seção, DJe de 19.11.2014)

No presente caso, não obstante reconhecida no v. acórdão recorrido a existência de entendimento doutrinário e jurisprudencial admitindo a relativização da coisa julgada em se tratando de investigação de paternidade, deixou o eg. Tribunal *a quo* de aplicar essa orientação, sob o fundamento de que, “à época da primeira ação, foi requerida pelo agravante a produção de prova pericial hematológica, por ele custeada, não tendo a agravada comparecido ao local designado para a realização do exame, embora devidamente intimada” (fl. 177).

A recorrente, no entanto, afirma que, à época da primeira ação, contava com apenas seis meses de idade e que, por isso, o ônus pela alegada desídia não lhe pode ser atribuído, prejudicando seu direito ao reconhecimento do estado de filiação.

O caso, como se vê, traz aparente colisão entre princípios jurídicos fundamentais, de natureza processual e constitucional. De um lado, o princípio da imutabilidade da coisa julgada material (CPC/1973, arts. 467 e 468; CPC/2015, arts. 502 e 502), e, de outro, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Sobre a autoridade da coisa julgada, convém transcrever-se os seguintes dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época do ajuizamento da ação:

Art. 467. *Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.*

Art. 468. *A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.*

Art. 469. *Não fazem coisa julgada:*

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Art. 470. *Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.*

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, *tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;*

II - nos demais casos prescritos em lei.

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. *Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.*

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Idênticas previsões encontram-se no atual Código de Processo Civil (CPC/2015, arts. 502 a 507).

A necessidade de prevalência da verdade real no reconhecimento das relações de parentesco, amparadas em ações de estado (CPC/1973, arts. 469, II, e 471, I; CPC/2015, arts. 504, I, e 505, I), tem ensejado, ante as novas descobertas científicas, discussão acerca da relativização da coisa julgada.

Sustenta-se que o Poder Judiciário não pode, sob a justificativa de impedir ofensa à coisa julgada, desconsiderar os avanços técnico-científicos inerentes à sociedade moderna, os quais possibilitam, por meio de exame genético, o conhecimento da verdade real, delineando, praticamente sem margem de erro, o estado de filiação ou parentesco de uma pessoa. Com a utilização desse meio de determinação genética, tornou-se possível uma certeza científica (quase absoluta) na determinação da filiação, enfim, das relações de ancestralidade e descendência, inerentes à identidade da pessoa e sua dignidade.

Para tanto, principalmente nas relações de trato sucessivo, deve ser levado em conta que a autoridade da coisa julgada reporta-se ao momento em que a sentença foi proferida, de maneira que nova relação jurídica ou nova situação de fato ou de direito surgida posteriormente - e que não tenha sido objeto do julgamento anterior - torna-se alheia à imutabilidade do instituto da *res iudicata*.

Sobre o tema, é oportuno invocar a lição de **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**, *in verbis*:

Não é de hoje que, sempre forte na lição de Liebman, venho asseverando que *a autoridade da coisa julgada material, sujeita-se sempre à regra rebus sic*

standibus, de modo que, sobrevindo fato novo, 'o juiz, na nova ação, não altera o julgado anterior, mas, exatamente para atender a ele, adapta-se ao estado de fato superveniente. Eis o ensinamento do Mestre:

è superfluo dire che la cosa giudicata non impedisce l'eventuale sopraggiungere de fatti nuovi, che possono naturalmente modificare la situazione fra le parti (per es., l'adempimento del debitore, una transazione ecc.).

Tudo isso é muito natural quando se sabe que o instituto da coisa julgada material é movido pelo escopo prático de imunizar os efeitos do julgamento proferido acerca de determinada pretensão ou demanda, para que, naquela situação, outra decisão o caso não possa vir a ter jamais. Nem é por acaso que o direito positivo limita a coisa julgada não só às partes e ao objeto do pedido, mas ainda à causa de pedir. Fora da triplice identidade não há a auctoritas rei judicatae, justamente porque, variando um desses elementos, o litígio já será outro (CPC, art. 301, § 2º). Nova situação, nova decisão. A garantia constitucional da coisa julgada (Art. 5º, inc. XXXVI) não vai além de estabelecer que, com relação ao litígio posto em juízo e na situação de fato ali considerada, novos questionamentos serão ilegítimos. Ela imuniza o decisum, como está claro no direito positivo, nos limites do que foi julgado.

(...)

As lições assim colhidas recebem legitimidade da óbvia observação de que a vida das pessoas e suas relações entre si e com os bens da vida não são algo estanque e imutável, insuscetível às evoluções conaturais à vida em sociedade. Não é permitido discutir mais se, no momento do trânsito em julgado, as relações entre os litigantes eram aquelas afirmadas pela sentença e sujeitas aos efeitos desta; mas, surgindo nova relação ou nova situação oriunda de fato ou negócio novo, essa nova relação - que não foi objeto de julgamento - considera-se alheia a ditos efeitos e, por natural consequência, alheia também à sua imutabilidade.

Claramente nesse sentido é a exposição de Bedaque, falando da coisa julgada como imutabilidade da sentença e de seus efeitos em relação ao direito já existente e proclamado: 'nada impede, porém, que acontecimentos posteriores influam naquela situação, alterando-a. A decisão judicial, obviamente, não pode impedi-los. São fatos novos incidentes sobre a situação substancial será tanto menor quanto mais dinâmica ela se apresentar'.

(...)

Exatamente porque a coisa julgada se reporta ao momento em que a sentença foi proferida, sem considerações futuroológicas de qualquer ordem, ela tem somente o significado de imunizar, sempre com referência àquele momento, os efeitos da sentença, sobre a qual incide. Se esta afirma a existência atual de um direito ou obrigação (atual no momento em que foi proferida), a coisa julgada impede que se volte a questionar a existência dessa situação jurídica naquele momento, mas

não impede que se discuta sobre se depois dela o direito ou obrigação persiste ou deixou de existir.

(...)

Na ordem jurídico-positiva brasileira esses pensamentos transparecem na regra de que, 'passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como a rejeição do pedido' (CPC, art. 474). Tal é a eficácia preclusiva da coisa julgada, que não se confunde com esta mas sem a qual a coisa julgada valeria muito pouco. Ela consiste em imunizar a própria *res judicata* a possíveis esvaziamentos mediante o exame de fatos anteriores. *Diz-se que o efeito preclusivo da coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível, sendo absolutamente imperativo entender-se, a contrario sensu, que não fica abrangida por qualquer matéria que, por ser posterior, não fosse (obviamente) suscetível de deduzir-se antes do julgamento da causa. Se o direito se extinguiu ou modificou-se depois da prolação da sentença e do trânsito em julgado, ou se de algum modo as relações jurídicas entre os que foram litigantes passaram a reger-se por outro negócio jurídico, tais são situações novas que, por não terem sido consideradas, não foram objeto de decisão e não ficam portanto cobertas pela coisa julgada ou por sua eficácia preclusiva.*

(in Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo II. 6ª ed., Malheiros: SP, 2010, pp. 1.170/1.173, grifou-se)

Sustentando posicionamento ainda mais agudo, **CRISTIANO CHAVES DE FARIAS** e **NELSON ROSENVALD** afirmam que o instituto da coisa julgada não pode ser visto de forma estanque, em desprestígio aos direitos, constitucionalmente consagrados, de filiação e de conhecimento da identidade genética e da ancestralidade. Eis as ponderações dos ilustres doutrinadores:

4.5.20. A Coisa Julgada nas Ações Filiatórias

Historicamente, a coisa julgada na ação de investigação de paternidade esteve submetida ao sistema processual clássico, tornando imutáveis os efeitos decorrentes da sentença de mérito, contra a qual não mais seja cabível qualquer recurso.

Mesmo na hipótese de investigatória de paternidade promovida pelo Ministério Público, na qualidade de substituto processual, ainda assim os efeitos da coisa julgada se projetavam, atingindo o investigador.

Induvidoso, no entanto, que o sistema da coisa julgada do Código de Processo Civil, alçado a altitude de garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXVI), não pode ter guarida nas ações filiatórias, dentre elas a investigatória de parentalidade, sendo necessário afirmar o desenho de um novo modelo de coisa julgada para regular tais demandas.

Importante destacar que esse novo sistema de regramento da coisa julgada independe de expressa previsão de lei, podendo ser aplicado aos casos concretos, a

partir das concepções e princípios constitucionais, visando promover a dignidade da pessoa humana e a isonomia substancial, determinadas constitucionalmente.

Em suma: *as regras ordinárias sobre a coisa julgada não podem ir de encontro a Lex Mater, nem - o mais importante! - se sobrepor aos direitos mínimos da existência humana, como a verdade sobre a paternidade.* Pensar diferente é tráfegar na contramão da história e colidir frontalmente com a evolução das pesquisas genéticas. Se assim não o fosse, qual a vantagem do avanço científico, do estudo da genética, por exemplo? A ciência, nesta área, está a serviço da verdade e se nos impõe usá-la. Veja-se, inclusive, que se a verdade é conceito de índole filosófica, sendo possível encontrá-la, em tais casos, com o amparo científico, sobreleva sua utilização racional, a serviço do bem-estar do homem digno.

Não se pode canonizar o instituto da coisa julgada, de modo a afrontar a própria sociedade e o ser humano. Deve se ponderar pelo princípio da proporcionalidade qual dos interesses deve prevalecer no caso concreto: mais vale a segurança ou a justiça. E afigura-se-nos mais relevante prevalecer o valor justiça, pois sem ela não há liberdade qualquer.

Mas não é só. É preciso observar que as ações sobre a filiação não podem ficar emolduradas nas estreitas latitudes da coisa julgada regulada pela lei processual (CPC, arts. 467 e ss.). Aliás, se a intangibilidade da coisa julgada quedou mitigada nas ações coletivas (relativas a relações de consumo, proteção ambiental, moralidade administrativa etc.), com muito mais razão deve ser relativizada, suavizada, nas ações filiatórias. Enfim, *é injusto vedar-se para sempre à pessoa humana o direito de pleitear o reconhecimento de sua filiação, que se lhe constitui direito absoluto sagrado, indisponível e inerente à própria personalidade. Desse modo, é fácil perceber a necessidade de adaptação do sistema de coisa julgada nas ações filiatórias, respeitando as garantias constitucionais da pessoa humana.*

Uma coisa é certa: as regras gerais sobre a coisa julgada, talhada no sistema individualista do Código Adjetivo, devem ser interpretadas com razoabilidade na ação investigatória, eis que poderia implicar a negação do próprio direito material correspondente, frustrando o caráter instrumental do direito processual, que serviria como óbice a concretização efetiva do direito a filiação, garantido constitucionalmente.

Veja-se, inclusive, que não se faz necessário justificar a propositura de qualquer ação rescisória, com vistas ao rejugamento da ação filiatória, eis que a decisão judicial que não exaurir os meios de prova não passa em julgado afastando-se do manto sagrado da coisa julgada.

É mister afirmar, então, que a coisa julgada na ação investigatória se dará sob a técnica secundum eventum probationes. Ou seja, a coisa julgada se forma a depender do resultado da produção probatória, identicamente ao que se tem nas ações coletivas.

Também não se diga, ainda, que a coisa julgada constitui garantia prevista no Texto Constitucional, uma vez que a igualdade e a dignidade da pessoa humana

também tem sede constitucional e o conflito de normas de igual hierarquia é solucionado pelo princípio da proporcionalidade (ponderação de interesses), devendo prevalecer, por óbvio, a garantia ao reconhecimento da filiação. Ademais, não pode o processo servir de obstáculo para o exercício de direito material.

Reafirme-se, nesse passo, que e a norma constitucional protetiva do cidadão quem prevalece em nosso sistema jurídico. *Por isso, negar o direito do filho em investigar a paternidade do seu pai, invocando barreiras ou formalismos processuais, é inaceitável e colide frontalmente com o princípio da dignidade humana, fazendo tábula rasa dos direitos fundamentais.*

(...)

Pensar diferente e voltar no tempo, para entender que o processo deveria prevalecer sobre o próprio direito material. Assim, avulta afirmar a necessária relativização da coisa julgada pela jurisprudência, evitando tormentos e indevidas negações do direito a filiação.

A nossa jurisprudência registra, nesse sentido, importante passagem: ‘mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clareza, pós o constituinte de modo a mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos na realização da justiça, limitar-se a aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem a modernidade.’

(in *Direitos das Famílias*. Lumen Juris: RJ, 2008, pp. 573/576, grifou-se)

No caso dos autos, como dito, a investigação de paternidade foi julgada improcedente por insuficiência de provas, não se realizando o exame hematológico determinado pelo juízo, no entender do Tribunal de origem, em razão da desídia da representante legal da autora, à época menor impúbere.

Tal fundamento, no entanto, não pode servir de obstáculo ao conhecimento da verdade real, uma vez que, no caso, o direito à paternidade, sendo personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, não pode ser obstado por ato atribuível exclusivamente à representante legal da autora, uma vez que esta, conforme frisado, era menor ao tempo do ajuizamento da primeira ação.

Com efeito, a teor do art. 1.602 do CC/2002, “não basta a confissão materna para excluir a paternidade”.

Outrossim, dispõe o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

Nesse sentido o parecer do douto representante do Ministério Público Federal:

No mérito, a irresignação merece prosperar. De início, cabe observar que *a ação investigatória ajuizada anteriormente foi extinta sem resolução do mérito por insuficiência de provas, como restou comprovado* (sentença de fls. 57v e 58) e decidido em instância ordinária, não cabendo reexame da questão por essa Corte, nos termos do disposto na Súmula 07 do STJ.

Com efeito, o filho pode a qualquer tempo pleitear o reconhecimento do vínculo de filiação em relação ao pai biológico, por se tratar de ação de estado em que o direito é personalíssimo e indisponível. Em razão disso, *o não comparecimento da mãe para realização do exame de DNA, à época, não pode ser fator impeditivo ao ajuizamento da presente demanda, a qual objetiva a apuração da verdade real acerca do estado de filiação, mesmo porque a recorrente era menor quando do ajuizamento do primeiro pedido.*

Ademais, não obstante a mãe de (...) ter permanecido inerte na primeira demanda, quanto à realização probatória, fazendo-se presumir que o recorrido não era pai biológico, *o artigo 1.602 do Código Civil explica que não basta a confissão materna para excluir a paternidade, pelo que se impõem outros meios de prova para que tal exclusão seja feita. Na hipótese, a sentença de primeiro grau, que apreciou a ação extinta, foi julgada improcedente por insuficiência de provas. Em razão disso, não fora excluída a paternidade do ora recorrido, inferindo-se, pois, que não houve análise do mérito, razão pela qual não se operou a coisa julgada material.* (fls. 427/428).

Por todas essas razões, não deve prevalecer o óbice da coisa julgada formada em outra demanda, em detrimento do direito fundamental ao conhecimento da identidade genética e da ancestralidade, relativo à personalidade e decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição Federal (art. 1º, III), sob pena de se gerar situações de perplexidade.

O direito processual não deve prevalecer sobre o material em ações de estado, de maneira que a verdadeira filiação genética, conhecível mediante exame de DNA, deve sobrepor-se à coisa julgada baseada em anterior insuficiência de prova da paternidade.

Mostra-se ainda viável, nas circunstâncias dos autos, a rediscussão da relação de parentesco por exame genético preciso e hoje de fácil realização (DNA), mediante ação de cunho revisional, conforme previsto no art. 471, I, do CPC.

Deve ser garantido às partes o reconhecimento judicial da verdade real, científica, uma vez que na primeira demanda não foram esgotados todos os

meios possíveis à investigação eficaz da relação de parentesco existente entre os litigantes, conforme, aliás, o promovido se prontificou na época.

De fato, na esteira da jurisprudência hoje consolidada nos tribunais superiores, tratando-se de ação de estado, na qual o dogma da coisa julgada deve ser aplicado com prudência, sob pena de subverter a realidade, não se pode justificar a adoção da *res iudicata*, a pretexto de se garantir a segurança jurídica, quando isso possa criar uma situação aberrante entre o mundo fático-científico e o mundo jurídico.

Nesse sentido:

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

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

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

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

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

(REsp 226.436/PR, Relator o Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, Quarta Turma, DJ de 4.2.2002, grifou-se)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Coisa julgada. Mitigação. Possibilidade. Acórdão

recorrido em contrariedade com jurisprudência sedimentada das Cortes Superiores. Provimento do recurso especial. Dissídio notório suficientemente demonstrado.

1. O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando entendimento do Supremo Tribunal Federal, sedimentou seu entendimento no sentido da relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade em que não foi possível a realização do exame de DNA, quando o referido meio ainda não havia sido democratizado. Precedentes.

2. O notório dissídio foi suficientemente demonstrado, comprovando-se a contrariedade do acórdão recorrido com o posicionamento dominante.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.516.863/MG, Rel. **Ministra Maria Isabel Gallotti**, Quarta Turma, DJe de 11.12.2015).

Cabe lembrar, outrossim, que a relativização da coisa julgada é de há muito admitida no sistema jurídico pátrio, quando possa ser confrontada com o princípio da dignidade da pessoa humana, como sucede com a revisão criminal, disciplinada no Código de Processo Penal nos seguintes termos:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à *evidência dos autos*;

II - *quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos*;

III - *quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena*.

Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas.

Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Destarte, o caso dos autos autoriza a relativização da coisa julgada, a fim de que possa ser aferida a verdadeira relação de filiação entre os litigantes. No bojo da nova demanda, ação revisional de investigação de paternidade, deverá ser realizado o exame de DNA, conforme requerido na exordial e deferido pelo il. Juízo de primeiro grau.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial para reformar o v. acórdão recorrido e determinar o prosseguimento da ação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.156.735-SP (2009/0175755-2)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: United Parcel Service Co

Advogados: Abrão Jorge Miguel Neto - SP172355

Carolina Neves do Patrocínio Nunes - SP249937

Recorrente: Unibanco AIG Seguros S/A

Advogado: Márcio Roberto Gotas Moreira e outro(s) - SP178051

Recorrido: Os Mesmos

Litis. Pas: BAX Global do Brasil Ltda

Advogado: Márcio Rossi Vidal e outro(s) - SP154483

EMENTA

Direito Empresarial. Importação. Transporte aéreo internacional. Mercadorias avariadas. Fatos ocorridos na vigência do CC/1916. Não incidência do CC/2002. Seguradora. Ressarcimento. Sub-rogação. Ação regressiva. Ausência de relação de consumo. Convenção de Varsóvia. Indenização tarifada. Ação cautelar de protesto. Interrupção do prazo prescricional.

1. A expressão “destinatário final” contida no art. 2º, *caput*, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a

finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização.

2. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de sistema de discos magnéticos e de *software* por empresa, não hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade industrial, ampliar a gama de produtos e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional dos referidos bens, por representar mera etapa do ato complexo de importar.

3. Afastado o CDC no caso concreto e ocorridos os fatos na vigência do CC/1916, incide a Convenção de Varsóvia e seus aditivos ao transporte aéreo internacional para efeito de indenização tarifada.

4. A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou, nos termos do art. 988 do CC/1916. Concretamente, portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia e seus aditivos.

5. O princípio constitucional da reparação integral, fundamentado no art. 5º, V e X, da CF/1988, não pode ser adotado no âmbito de Turma deste Tribunal Superior para efeito de afastar a aplicação da Convenção de Varsóvia, diploma específico que foi incorporado no ordenamento jurídico interno “nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa” (ADI/MC n. 1.480-3-DF, STF, Rel. Ministro Celso de Mello, *Tribunal Pleno*, DJ de 18.5.2001). Incide, no caso, a vedação contida na Súmula Vinculante n. 10, do STF, segundo a qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

6. Ressaltando-se que o Tribunal de origem aplicou a Convenção de Varsóvia quanto à indenização tarifada e que a ora recorrente nem mesmo cuidou de interpor recurso extraordinário para, eventualmente, discutir a inconstitucionalidade de tal limitação, incabível arguir a

inconstitucionalidade perante a *Corte Especial* deste Tribunal, tendo em vista que tal iniciativa representaria uma forma de contornar a distribuição da competência nas instâncias superiores, feita pela Constituição Federal, que remete ao STF as discussões acerca da violação de dispositivos constitucionais. Nesse sentido: AI no REsp n. 1.135.354/PB, Rel. originário Ministro *Luis Felipe Salomão*, Rel. para acórdão Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Corte Especial*, DJe de 28.2.2013.

7. O prazo de 2 (dois) anos para propor ação de responsabilidade civil disciplinado no art. 29 da Convenção de Varsóvia tem natureza prescricional, não decadencial, daí estar sujeita às causas interruptivas, entre elas o protesto judicial deferido.

8. O entendimento do Tribunal estadual de que os motivos que justificariam a cautelar de protesto não poderiam ser afastados na presente ação ordinária foi impugnado no recurso especial mediante indicação de dispositivos legais inadequados para tal fim, que não alcançam o tema.

9. Hipótese em que a Corte local, fundamentada no art. 173 do CC/1916, em vigor na época dos fatos, decidiu que a interrupção do prazo prescricional perdurou até a conclusão do processo cautelar de protesto. Os arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973, entretanto, indicados pela recorrente como contrariados, dizem respeito, apenas, ao momento inicial da interrupção, não cuidando do seu período de duração, isto é, se o prazo prescricional volta a correr no dia seguinte ao da prática do respectivo ato ou se permanece interrompido, no presente caso, até o final da cautelar de protesto.

10. Quanto ao art. 202, parágrafo único, do CC/2002, igualmente colacionado no recurso, embora discipline o tema pertinente ao período de interrupção do prazo prescricional, não se aplica à hipótese dos autos. A cautelar de protesto foi autuada e distribuída em 15.7.2002, o Juiz deferiu a notificação respectiva em 18.7.2002, o mandado de notificação foi cumprido em 8.8.2002, e o despacho liberando o processo para ser entregue ao requerente foi publicado em 23.8.2002. Em tal contexto, qualquer que seja o ato processual a ser considerado, a interrupção do prazo se deu na vigência do sistema legal disciplinado no CC/1916, razão pela qual o Tribunal de origem

invocou, tão somente, o art. 173 do referido diploma, nem mesmo enfrentado expressamente pela recorrente.

11. O fato de o art. 202, parágrafo único, do CC/2002 – impropriamente referido na peça recursal – corresponder, com alguns ajustes, ao art. 173 do CC/1916 é irrelevante para o conhecimento do recurso. Por se tratar de dever da parte mencionar as normas federais violadas, é vedado a este colegiado indicar a norma correta em substituição àquela mencionada pela recorrente, sob pena de ferir, também, o princípio processual da isonomia, disciplinado nos arts. 125, I, do CPC/1973 e 139, I, do CPC/2015. Caso em que não se está diante de mero equívoco material sanável. Precedente.

12. O art. 26, 1, da Convenção de Varsóvia disciplina a presunção relativa quanto ao bom estado das mercadorias entregues, permitindo prova em contrário na hipótese de o recebimento ocorrer sem nenhuma ressalva. Além disso, não especifica quais serão as provas válidas, admitindo-se, portanto, amplo suporte probatório. No presente caso, o Tribunal de origem afastou tal presunção considerando incontroversas as avarias, constatadas no dia seguinte ao do desembarque, confirmadas por vistoria posterior e aceitas pela própria transportadora. Em tal circunstância, a reforma do acórdão recorrido, nesse ponto, esbarra na vedação contida na Súmula n. 7 do STJ, que impede o simples reexame de provas na instância especial.

13. Recursos especiais conhecidos em parte e desprovidos.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente e negou provimento ao recurso especial de Unibanco AIG Seguros S/A e ao recurso especial de United Parcel Service Co, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recursos especiais interpostos por *United Parcel Service Co.* (e-STJ fls. 732/751 e 827/828) e por *Unibanco AIG Seguros S.A.*, ambos com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, contra acórdãos do TJSP assim ementados:

Prescrição. Não ocorrência. Fluência do prazo interrompida com a notificação dos apelantes. Código de Defesa do Consumidor. Não incidência. Contrato de transporte aéreo de mercadorias. Relação de consumo não caracterizada. Transporte de bem de produção. Responsabilidade civil. Transporte aéreo de carga. Avarias. Não caracterização de caso fortuito ou força maior. Presunção de dolo ou culpa grave das apelantes. Afastamento da indenização tarifada para incidência do artigo 25 da Convenção de Varsóvia. Não cabimento. Julgamento *extra petita*. Indenização limitada a 17 direitos especiais de saque por quilo. Recursos providos em parte. Ônus da sucumbência. Responsabilidade da autora por 80% das custas e das rés por 20%. Honorários advocatícios. Responsabilidade da autora. Fixação em 10% sobre o valor do débito. Consideração da sucumbência parcial (e-STJ fl. 680).

Embargos de declaração. Omissão. Contradição. Não ocorrência. Efeito infringente. Embargos rejeitados (e-STJ fl. 728).

United Parcel Service Co. alega que se trata “de ação regressiva apresentada pela Recorrida, Unibanco AIG Seguros, em face da ora Recorrente, United Parcel Service, e de sua litisconsorte, BAX Global do Brasil Ltda. Sustenta a seguradora Recorrida que indenizou sua cliente (segurada), a empresa Columbia Storage, na quantia de R\$ 901.987,83 (novecentos e um mil, novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e três centavos), em decorrência dos danos causados às mercadorias transportadas pela ora Recorrente, que teriam chegado no destino (Aeroporto de Viracopos) avariadas” (e-STJ fl. 733). Acrescenta que “em primeiro grau a demanda foi julgada procedente. Em sede recursal, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo houve por bem reformar a r. sentença, *em parte*, para limitar a indenização ao disposto na Convenção de Varsóvia, dando provimento parcial à apelação desta Recorrente” (e-STJ fl. 733).

Sustenta violação do art. 29, item 1, da Convenção de Varsóvia, deduzindo os seguintes argumentos:

Conforme observado com profundidade no v. acórdão, aplica-se ao presente caso concreto a Convenção de Varsóvia (Decretos n. 20.704/1931, 31/1963, 2.860/1998 e 2.861/1998, cf. Protocolos de Haia e Montreal), por determinação do

art. 178 da Constituição Federal (cf. EC 7/1995), e, igualmente, por não se cingir a relação jurídica originária, da qual decorre o direito de regresso da seguradora ora Recorrida, ao Código de Defesa do Consumidor.

O art. 29, n. 1 e 2, da Convenção de Varsóvia possui a seguinte redação:

Artigo 29

1. A ação de responsabilidade deverá intentar-se, *sob pena de caducidade*, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia em que a aeronave deveria ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte.

2. O prazo será computado de acordo com a lei nacional do tribunal que conhecer da questão

Como se infere do texto da lei, trata-se de prazo de *caducidade*, isto é, de natureza *decadencial*: “a *caducidade*, diversamente da *prescrição*, é fato extintivo. Com sua caracterização *extingue-se o direito* e, por consequência, *precluem também a prescrição, a ação e a exceção de direito material*” (VILSON RODRIGUES ALVES, *Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil*, 3ª ed., Servanda, p. 717) – grifado.

O v. acórdão, contudo, afastou essa alegação (trazida na contestação, em petição anterior ao julgamento, referendada nos memoriais, e no citado Parecer de jurisconsulto, cabendo lembrar que a decadência se conhece *de ofício*, cf. art. 219, § 2º, do CPC e arts. 193, 207, 210 do CC/02), sob este argumento:

não prevalece a interpretação literal do art. 29 da Convenção de Varsóvia, que se refere a caducidade da ação. As imprecisões terminológicas são evidentes. Em primeiro lugar, o decurso do prazo não atinge a ação, direito de pleitear a tutela jurisdicional e regulado em sedes constitucional e processual. (...). Além do mais, tratando-se de direito de crédito, o não exercício no prazo legal implica prescrição, não decadência, fenômeno ligado aos denominados direitos potestativos.

Essa exegese do v. acórdão, acima, do art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia está equivocada e acaba por afrontar o referido dispositivo.

Conforme ressaltou com absoluta propriedade o *parecer* de FLÁVIO YARSHELL, com transcrição da mais renomada doutrina, inclusive estrangeira, o prazo em questão tem *natureza decadencial* e, consequentemente, não é de *prescrição*. Tampouco se sustenta a tese de que se trataria de direito a crédito, pois, neste caso, *prevalece a vontade do legislador*, que, incontestavelmente, quis estabelecer a *decadência*.

[...]

Posto isso, cumpre considerar que, na espécie, a carga chegou ao destino em 12.07.2001 (fls. 84), tendo sido a presente demanda distribuída apenas em

19.07.2004 (fls. 02), restando superado o prazo *decadencial* de 2 (dois) anos estabelecido no art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia, que, portanto, restou infringido pelo v. acórdão.

Tratando-se, destarte, o prazo do art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia, de *prazo decadencial*, que não se interrompe nem se suspende por qualquer motivo (art. 207, CC/2002), tampouco por ação de protesto, a ação deveria ser julgada **improcedente**, devendo ser reformado o v. acórdão para esse fim, invertidos totalmente os ônus da sucumbência" (e-STJ fls. 734/737).

Apresenta precedentes para comprovar a divergência jurisprudencial nessa parte (cf. fls. 743/747).

Afirma haver contrariedade aos arts. 219, § 5º, 868, 869 e 871 do CPC/1973 e 202, I e II, do CC/2002, tendo em vista que "a medida cautelar de protesto ajuizada pela Recorrida não teve o condão de interromper o curso da prescrição, pois no momento de sua apresentação já havia *actio nata*, ou seja, a Recorrida naquela oportunidade já poderia ter proposto a presente ação de cobrança" (e-STJ fl. 737). Aduz que "o chamado '*protesto judicial interruptivo da prescrição*' deve estar fundado em uma **relevante razão** que autorize sua apresentação com vistas a impedir o curso do prazo prescricional, **sob pena de ineficácia**" (e-STJ fl. 738), ou seja, "a medida deve estar suficientemente fundada, pois não serve para *burlar* ou *fraudar* a fluência do prazo prescricional quando a parte já detém todos os elementos para ajuizar, de imediato, a ação de cobrança do crédito" (e-STJ fl. 738). Destaca que os arts. 868 e 869 do CPC/1973 "exigem que o protesto se encontre embasado em fatos e razões *relevantes*, que demonstrem o **legítimo interesse**, isto é a necessidade da medida, do contrário ela resta ineficaz para os objetivos almejados" (e-STJ fl. 739). Explica, ainda, que:

Outrossim, não prospera o argumento utilizado pelo v. Acórdão para manter a capacidade do protesto judicial ajuizado pela Recorrida de interromper o prazo da prescrição, no sentido de que "*os motivos pelos quais a tutela provisória era necessária foram deduzidos pela autora e não se tornaram controvertidos*".

Isto porque os protestos dessa espécie são deferidos automaticamente e, como não prevêem defesa do notificado, a eficácia da medida deve ser averiguada **depois**, na eventual ação de cobrança, quando então deverá o juiz perquirir se, no dia do ajuizamento do protesto cautelar, já poderia, ou não, o credor deduzir sua pretensão de cobrança. Se a conclusão for negativa, a solução será, *invariavelmente*, declarar a **ineficácia** do protesto proposto sub-repticiamente para o fim de "interromper" o curso da prescrição iniciada.

[...]

Portanto, ao exigir o v. Acórdão que os motivos do protesto fossem controvertidos pela ora Recorrente, *acabou por infringir o art. 871 do CPC*, segundo o qual “o protesto ou interpelação não admite defesa nem contraprotesto nos autos”.

Os arts. 868, 869 e 871 do CPC devem ser, ainda, lidos em conjunto com o art. 202, incisos I e II, do Código Civil, que estabelece que a interrupção da prescrição se dá por protesto, *desde que* o interessado a promova “**na forma da lei processual**”. Ora, cultos Ministros, como já havia *actio nata*, o referido protesto *não* foi deduzido “na forma da lei processual”, motivo por que ele não produziu eficácia alguma, nos termos do art. 202, II, do CPC, que igualmente restou infringido pelo v. Acórdão ora recorrido.

Finalmente, tratando-se de prescrição, desimportante saber se houve ou não *controvérsia antecedente* sobre a razoabilidade jurídica do protesto interruptivo da prescrição ajuizado pela Recorrida. **A uma**, porque, como observado acima, a verificação da eficácia da medida cautelar de protesto se dá *após* o ajuizamento da ação de cobrança, conforme o art. 202, II, do Código Civil c/c arts. 868, 869 e 871 do CPC. Se o juiz entender que o protesto não foi deduzido na forma da lei processual, já que a parte não tinha interesse justificado, porquanto existia *actio nata* quando do seu ajuizamento, deve considerar como não interrompido o prazo prescricional (art. 202, II, CPC). **A duas**, a prescrição pode ser conhecida *ex officio*, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC. O v. acórdão, ao exigir provocação da Recorrente sobre o tema, violou expressamente o § 5º do art. 219 do CPC, pois a questão é cognoscível de ofício (e-STJ fls. 739/740).

Alega violação dos arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973 e 202, parágrafo único, do CC/2002, sendo certo que, “mesmo atribuindo *efeitos válidos* ao referido ‘protesto interruptivo da prescrição’ ajuizado pela Recorrida, a ação foi proposta *fora* do prazo legal de 2 (dois) anos previsto no art. 29, 1, da Convenção de Varsóvia, visto aqui como *prazo prescricional* apenas para argumentar” (e-STJ fl. 740). “Isto porque, o prazo prescricional eventualmente interrompido *retoma seu curso a partir da data da distribuição da aludida ação cautelar de protesto interruptivo*, nos termos do art. 219, § 1º, e 263 do CPC” (e-STJ 740). Dessa forma, o *dies a quo* a partir do qual deve ser contada a prescrição, nos casos em que sua ‘interrupção’ se dá mediante ajuizamento de *protesto*, não é o dia ‘do último ato praticado no protesto’, como mencionado no v. acórdão recorrido, mas sim o **dia do protocolo** (data da distribuição da notificação judicial/protesto), consoante os julgados deste Colendo Tribunal” (e-STJ fl. 741). No presente caso, “a interrupção da prescrição deu-se em 12 de julho de 2002, dia em que foi **distribuída** a cautelar de protesto (fls. 108). A presente demanda de cobrança, todavia, foi proposta em 14 de julho de 2004 (fls. 02), dois dias *após* escoado o prazo prescricional” (e-STJ fls. 742/743). Entende haver divergência jurisprudencial nesse ponto (*cf.* e-STJ fls. 747/749).

Aduz que “as mercadorias transportadas pela ora Recorrente foram desembarcadas no Aeroporto de Viracopos em julho de 2001, tendo sido *recebida* pelos representantes da empresa Columbia, segurada da Recorrida Unibanco AIG Seguros, *sem qualquer ressalva imediata com relação à sua integridade*” (e-STJ fl. 749), e que o art. 26 da Convenção de Varsóvia, “similar ao art. 754 do CC”, busca “evitar exatamente o que ocorreu no caso concreto, quando os reclamos só foram consignados pela destinatária *depois que as mercadorias estavam depositadas nas mãos da INFRAERO*, oportunidade em que foram encontradas pelo destinatário *tombadas umas sobre as outras*” (fl. 749). Com isso, “viola o art. 26 da Convenção de Varsóvia a condenação da transportadora ao pagamento de mercadorias, por supostas avarias, se estas não foram consignadas pela via adequada, qual seja, a ressalva do destinatário” (e-STJ fl. 750). Argumenta, também, que “as anotações sobre o estado do pacote, do *container* ou da caixa, *externos*, jamais foram suficientes, na prática do comércio exterior, para ‘substituir’ ou ‘dispensar’ a imediata averiguação das cargas, *internamente*, a ensejar a *ressalva formal* (protesto) prevista tanto na Convenção de Varsóvia (art. 26) quanto no Código Civil (art. 754), pelo *importador (recebedor da carga)*” (e-STJ fl. 750).

A recorrente *United Parcel Service Co.* reiterou o seu recurso especial na petição de fl. 827 (e-STJ).

O segundo recorrente, *Unibanco AIG Seguros S.A.*, afirma que se vale “do presente recurso especial para se insurgir contra o v. acórdão que deixou de observar que se tratando de relação típica de consumo, a relação entre agentes de cargas (empresas responsáveis pelo transporte aéreo das mercadorias seguradas) e consignatário (segurado) é regida pela Lei n. 8.078/1990, não há que se falar em limitação de responsabilidade, consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça” (e-STJ fl. 843). Ademais, o TJSP “aplicou, indevidamente, a limitação da Convenção de Varsóvia, principalmente porque, considerando que os danos descritos na petição inicial não guardam relação direta com os riscos inerentes ao transporte aéreo, a limitação não se aplica ao caso concreto” (e-STJ fl. 843).

Após mencionar precedentes desta Corte Superior (*cf.* e-STJ fls. 844/846), argumenta que “pouco importa a destinação que seria dada aos discos magnéticos e software de operação, o segurado era, neste caso específico, destinatário final da obrigação de transporte” (e-STJ fls. 846). Entende que “a hipótese, no caso, está alcançada pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual ‘consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’. O segurado da Recorrente, pessoa

jurídica, contratou o serviço de transporte das Recorridas, que se esgotou. Esse serviço de transporte, observe-se, não foi repassado a outrem; o segurado não é simples intermediador do mesmo, mas, sim, o destinatário final da obrigação de transporte” (e-STJ fl. 846). Com isso, “o Código de Defesa do Consumidor” seria “aplicável ao transporte internacional de mercadorias e afasta, consequentemente, a Convenção Internacional para ações de reparação de danos decorrentes do ‘fato do serviço’” (e-STJ fl. 846).

Destaca que a Convenção de Varsóvia prevê “a possibilidade de reparação de dolo ou culpa grave das empresas transportadoras” (e-STJ fl. 847), essa última verificada no presente caso, cita precedente deste Tribunal Superior que adota o princípio constitucional da igualdade, “inserido no art. 5º da Constituição da República” (e-STJ fl. 848), e afirma que “os danos noticiados nos autos não decorrem dos riscos inerentes ao transporte aéreo, mas sim de desídia operacional das demandadas, empresas que se comprometeram com a seguradora a realizar o transporte internacional, ao permitir que os bens fossem avariados antes de chegar ao seu destino final” (e-STJ fl. 850).

Especificamente acerca da sub-rogação, a recorrente esclarece que “a pretensão de ressarcimento em regresso em destaque é apresentada por uma Seguradora, sub-rogada nos direitos do consignatário da carga que teve a remessa avariada durante o período em que a carga permaneceu sob a custódia do transportador. Contudo, seu direito à reparação de danos não está condicionado a qualquer limitação” (e-STJ fl. 850). Não se poderia falar, então, “em limitação de responsabilidade porque se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao transporte aéreo internacional, incidindo sob o caso em destaque o artigo 6º, inciso VI da Lei n. 8.078/1990” (e-STJ fl. 850).

United Parcel Service Co. (e-STJ fls. 911/931) e *BAX Global do Brasil Ltda.* (e-STJ fls. 933/943) apresentaram contrarrazões ao recurso interposto por *Unibanco AIG Seguros S.A.*

A seguradora, por sua vez, protocolizou contrarrazões ao recurso especial de *United Parcel Service Co.* (e-STJ fls. 949/955).

O recurso da *United* foi admitido na origem (e-STJ fls. 957/960) e o do *Unibanco* teve seguimento em decorrência do provimento do Agravo de Instrumento n. 1.201.664/SP, em 1º.3.2011, Relator Min. *Aldir Passarinho Junior*, DJe de 10.3.2011.

Não consta dos autos a interposição de recurso extraordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Trata-se, na origem, de “ação regressiva de ressarcimento” proposta por *Unibanco AIG Seguros S.A.*, na qualidade de sub-rogado nos direitos e ações da segurada *Columbia Storage Integração de Sistemas Ltda.*, contra *BAX Global do Brasil Ltda.* e contra *United Parcel Service*, buscando ser indenizada da importância de R\$ 901.987,83 (novecentos e um mil, novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e três centavos), além dos respectivos encargos, por fatos ocorridos na vigência do Código Civil de 1916. Narrou o autor que:

A empresa segurada da autora, no exercício regular de suas atividades empresariais, importou bens necessários ao bom desenvolvimento dos seus trabalhos.

O contrato de venda e compra internacional e a operação de exportação, foram realizados conforme as regras de comércio exterior, tendo a segurada da autora cumprido rigorosamente todas as formalidades legais que lhe competia.

Os documentos anexos, auto-explicativos, dão conta dos referidos negócios e da regularidade de todos os procedimentos levados a efeito pela autora.

Para operar a tradição do contrato de venda e compra, a autora precisou celebrar um outro negócio jurídico: contrato de transporte internacional.

Assim, contratou os serviços das rés para o transporte aéreo dos bens desde os Estados Unidos da América até o Brasil.

As rés, cumprindo o quanto determinado pela lei, emitiram o(s) competente(s) conhecimento(s), instrumentalizando a obrigação de transporte assumida junto à segurada da autora.

Este instrumento prova a relação contratual entre a ré e a segurada da autora sendo o “*Air Waybill*” a prova documental da relação comercial e de consumo já sustentada.

Para cobrir os riscos do transporte aéreo a segurada da autora celebrou com a própria o também anexo contrato de seguro, do ramo transporte internacional.

[...]

No caso concreto, valeu-se a importadora, segurada da Autora, da modalidade mais comum desse seguro no mercado nacional, qual seja, aquela visando à cobertura dos bens em todo o trajeto entre as dependências do exportador e as suas próprias, segundo os critérios custo e frete, vale dizer, o valor integral dos bens importados e o custo operacional do transporte (contraprestação ao transportador aéreo).

Assim, dando cumprimento às cláusulas e condições do seguro contratado, a empresa segurada informou à autora, tempestivamente, a compra (importação,

embarque e transporte de uma remessa de “equipamentos eletrônicos (sistemas de discos magnéticos de grande porte acompanhados de software exclusivo, acondicionados em caixas de madeira e/ou papelão ‘paletizadas’ dotadas de sensor de impacto”.

[...]

Para surpresa geral, dado os renomes que as ré desfrutam no mercado internacional, a carga confiada para transporte *não* foi desembarcada íntegra de bordo do veículo transportador.

*Com faz prova a documentação anexa, a destacada remessa chegou em Viracopos gravemente **avariada**.*

[...]

Deflui daí que a responsabilidade das rés pelas graves avarias aos bens em questão é fato absolutamente incontroverso.

[...]

Honrando o contrato de seguro, a autora indenizou sua segurada, vítima original dos danos, sub-rogando-se em todos os seus direitos e ações.

[...]

Logo, pelos bens extraviados, a autora sofreu um prejuízo total de expressivos R\$ 901.987,83 (novecentos e um mil e novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e três centavos), valor este que não é atualizado desde o dia 27 de fevereiro de 2001, data do pagamento da indenização de seguro (sub-rogação), sendo de se proceder a devida atualização monetária no momento oportuno (e-STJ fls. 21/27).

O pedido foi julgado procedente em primeiro grau, sendo os réus condenados “no pagamento de R\$ 901.987,83 ao autor, atualizados pelos índices da tabela judicial a partir de 10.04.02, com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação” (e-STJ fl. 419), fixando-se a verba honorária em 10% sobre o valor do débito corrigido. Acerca do mérito, o magistrado considerou que:

3. Consistente a pretensão na medida em que, na espécie, foram alçados à categoria de incontroversos, arts. 300, 302 e 34, II, do Código de Processo Civil, os fatos relativos à conclusão dos contratos de transporte aéreo internacional e a avaria das mercadorias após o início da execução da obrigação, conforme o termo de vistoria aduaneira, págs. 85/90; outrossim, que a perda ocorreu dentro da esfera de guarda, conservação, vigilância e disposição dos réus, surgindo, por conseguinte, o direito subjetivo à sub-rogação da indenização pecuniária cabal, equivalencial à extensão dos danos experimentados pelo segurado, págs. 105-6, tanto pela inserção implícita da cláusula de indenidade em operações mercantis desse jaez, neutralizando o argumento quanto à assunção da condição de mera domiciliatária, como pela violação do dever supletivo imposto no art.

80 do Código Civil e art. 102 do Código Comercial, conjugados com o art. 25 da Convenção de Varsóvia.

4. Ressarcimento não restrito à quantidade de peso do produto, em conformidade com a limitação imposta no art. 22, n. 2, da Convenção de Varsóvia, porque na hipótese, foram satisfeitos os extremos do suporte fático-normativo do art. 25, *dolo non praestando* (cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Responsabilidade Civil*, RJ, Forense, 2ª ed., pág. 240, n. 192, 1990), esterilizando aquela outra disposição tendente à minimização, mediante tarifas prefixadas, das importâncias indenizáveis (cf. PONTE DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, RJ, Borsoi, 2ª ed., Tomo XLV/172, § 4.887, n. 2, 1964).

5. Depois, segundo a lógica ordinária das coisas e os conhecimentos geralmente aplicados em litígios idêntico – que tais intuitivos, dispensaram prova a respeito, arts. 126 e 335 do Código de Processo Civil –, imperou a presunção de que os réus atuaram com culpa grave e acentuada, circunvizinha do dolo eventual, tipificado o ato ilícito, donde a prevalência do valor mais favorável ao lesado na sub-rogação, art. 948 do Código Civil, uma vez que incumbidos por vinculação convencional pela conservação, cuidado, vigilância e guarda da mercadoria, atuaram com negligência inexplicável, omissão contributiva, de forma direta e imediata, para a avaria da carga composta de volumes com dimensão substancial e, aliás, nem sequer clarificando ou identificando a causa do sinistro.

6. Ai residiu a vistoria incúria, voluntária e juridicamente relevante à solução, porquanto antevendo as deficiências e ineficiências dos aeroportos, – fato notório –, aceitaram o risco da logística não se precavendo do sinistro, como v.g., com a contratação ou instituição de sistema eficaz de proteção privada, de custo pouco expressivo, impedindo ou dificultando a superveniência dum acontecimento de probabilidade de verificação objetivamente aferível em tempos presentes. Pouco importando, por tais razões, que não foi efetuada a declaração especial de valor dos objetos integrantes da operação diante do comportamento aqui exteriorizado, conducente à incidência dos efeitos do preceito invocado.

7. Em outros termos: “Em todas essas situações encontramos uma obrigação preestabelecida, por força da qual incumbe ao obrigado certa diligência, no sentido de manter íntegra, a fim de restituir em ocasião oportuna, a coisa que lhe foi confiada. Daí bem se pode dizer que ao art. 79 se aplica a culpa aquiliana ou extra-contratual, ao passo que o art. 80 tem em vista a culpa contratual em sentido lato. O incumbido de conservar coisa alheia é responsável pela destruição da mesma, se se lhe puder imputar falta de cuidado ou negligência, decide o art. 80” (cf. EDUARDO ESPÍNOLA, *Manual do Código Civil Brasileiro* de PAULO DE LACERDA, RJ, J. Ribeiro dos Santos, 2ª ed., Volume III/136-7, 1ª parte, n. 33, 1929). Ainda: “São, pois, obrigações do transportador, derivados do contrato, a de levar pessoa ou coisa ao destino combinado, dentro do prazo estabelecido e nas condições estipuladas, zelando pela segurança e conservação com toda

a diligência possível e exigível” (cf. J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Curso de Direito Comercial Marítimo e Aeronáutico*, RJ, Freitas Bastos, 3ª ed., pág. 510, n. 294, 1961). Foi o bastante (e-STJ fls. 417/419).

Os embargos de declaração opostos pelas rés foram rejeitados (e-STJ fls. 432 e 438).

O TJSP (i) afastou a tese de prescrição e declarou que não se cuidava de prazo decadencial, (ii) entendeu que a eventual desnecessidade de notificação judicial não se tornou controvertida, não sendo admissível afastá-los nesta sede; (iii) repeliu a pretendida aplicação do CDC; (iv) considerou incontroversos o contrato de transporte e as avarias na mercadoria, tornando-as impróprias para o uso; (v) reconheceu a responsabilidade das rés pelo evento; (vi) limitou a indenização “a 17 Direitos Especiais de Saque por quilo, ou seja, 24.242 DES (17 x 1.426 kg)” com fundamento nos protocolos adicionais que modificaram a Convenção de Varsóvia. Deu parcial provimento aos recursos de apelação das rés, então, apenas quanto à limitação do valor indenizatório, fixando e distribuindo nova verba honorária, e rejeitou os respectivos embargos de declaração.

I. Recurso Especial Interposto por Unibanco AIG Seguros S.A.

Devo submeter a este colegiado, em primeiro lugar, o recurso especial interposto por *Unibanco AIG Seguros S.A.* por discutir qual o diploma legal que disciplina o presente caso – o CDC ou a Convenção de Varsóvia –, para efeito de limitar o valor da indenização.

A seguradora entende que o contrato de transporte aéreo internacional celebrado entre a segurada e as rés tem natureza de relação de consumo, incidindo ainda o princípio constitucional da igualdade. Por isso a indenização devida pelas rés não estaria limitada aos valores da Convenção de Varsóvia, devendo ser ampla, integral, na forma do CDC. Tal pretensão, no entanto, não merece acolhimento.

Inicialmente, extraio do acórdão recorrido que o dano ocorreu durante o transporte aéreo internacional, sendo oportuno reproduzir as seguintes passagens da fundamentação do TJSP:

A apelada aponta, porém, observação feita pela depositária, quanto ao estado em que a mercadoria foi entregue pela transportadora (fls. 348, 352 e 532).

De fato, não obstante as alegações das apelantes, o documento de fls. 83 revela a existência de avarias. Intimada a indicar a fonte da informação e demonstrar

o significado dos códigos, a apelada prestou os devidos esclarecimentos (fls. 553/558), não impugnados pelas litisconsortes passivas.

A prova documental permite concluir, portanto, pela responsabilidade da transportadora. Ao que tudo indica, há nexos entre o transporte e os danos (e-STJ fl. 684).

Destaco que as “fls. 348, 352 e 532” – renumeradas como e-STJ fls. 382, 386 e 575, respectivamente –, mencionadas no texto acima, dizem respeito à réplica e às contrarrazões à apelação apresentadas pela seguradora, ora recorrente, peças nas quais foi mencionado o fato de que “o depositário, antes da carga lhe ser confiada (ou seja, ainda sob a custódia da transportadora) lançou as seguintes ressalvas: diferença de peso, amassado, refitado e furado”. As mencionadas contrarrazões, a propósito, foram enfáticas:

A causa determinante para que os danos narrados na petição inicial ocorressem foi, sem sombra de dúvidas, o forte choque sofrido pela carga durante o transporte aéreo. Diz-se esse trauma ocorreu sob a custódia das apelantes porque, por ocasião do desembarque da remessa no Aeroporto de Viracopos em 17 de julho de 2011, o lote segurado foi recepcionado pela Infraero com as seguintes ressalvas: “*diferença de peso, amassado, refitado e furado*” (ressalvas essas contidas no MANTRA/SISCOMEX representados pelas letras A, C, G e H) (e-STJ fl. 575).

Acrescento que tal afirmação foi reiterada pela ora recorrente, seguradora, nas contrarrazões que apresentou aos recursos especiais interpostos pelas partes adversas. Confira-se a afirmação feita de seguradora:

É muito importante observar Excelência que o depositário, antes da carga lhe ser confiada (ou seja, ainda sob a custódia da transportadora) lançou as seguintes ressalvas: diferença de peso, amassado, refitado e furado.

Não há como se ter dúvidas: os danos foram causados sob a custódia do transportador (e-STJ fls. 952/953).

Com efeito, as avarias ocorreram durante o transporte aéreo internacional, fato assim disciplinado no art. 18 da Convenção de Varsóvia (Decreto n. 20.704/1931), com a redação do Decreto n. 2.861/1998 (“Promulga o Protocolo Adicional n. 4, assinado em Montreal, em 25 de setembro de 1975 ...”):

Artigo 18

1 Responde o transportador pelo dano decorrente de destruição, perda ou avaria de bagagem despachada, desde que o fato que causou o dano haja ocorrido durante o transporte aéreo.

2 Responde o transportador pelo dano decorrente de destruição, perda ou avaria da mercadoria sob a condição única de que o fato que causou o dano haja ocorrido durante o transporte aéreo.

3 Entretanto, o transportador não será responsável se provar que a destruição, perda ou avaria da mercadoria resultar exclusivamente de um ou mais dos fatos seguintes:

- a) natureza ou vício próprio da mercadoria;
- b) embalagem defeituosa da mercadoria feita por pessoa que não o transportador ou seus prepostos;
- c) ato de guerra ou conflito armado;
- d) ato da autoridade pública executado em relação com a entrada, saída ou trânsito da mercadoria.

4. Transporte aéreo, para efeito dos itens precedentes é o período durante o qual a bagagem ou as mercadorias se acham sob a guarda do transportador, seja em aeroporto, seja a bordo da aeronave, seja em qualquer outro lugar, em caso de pouso fora do aeroporto.

5. O período do transporte, aéreo não abrange nenhum transporte terrestre, marítimo ou fluvial, efetuado fora do aeroporto.

Todavia, quando na execução do contrato de transporte aéreo, se efetuar quaisquer desses transportes para o carregamento, a entrega ou a baldeação, presume-se que o dano resultou de fato ocorrido durante o transporte aéreo, salvo prova em contrário.

Por outro lado, segundo o Tribunal de origem, o contrato firmado pela empresa segurada, *Columbia Storage Integração de Sistemas Ltda.*, “versa transporte de sistema de discos magnéticos e de software de operação e gerenciamento, que certamente, seriam utilizados na atividade industrial da tomadora, não podendo, portanto, subsumir-se à regras da legislação consumerista” (e-STJ fl. 683). Destinando-se os bens transportados ao implemento da atividade empresarial da segurada, ampliando a produtividade e os seus lucros, a orientação adotada no sentido de afastar o CDC encontra apoio no acórdão desta Turma, proferido no julgamento do REsp n. 1.162.649/SP, j. em 13.5.2014, DJe de 18.8.2014, que transitou em julgado após o indeferimento liminar de embargos de divergência, assim ementado:

Direito Empresarial. Importação. Transporte aéreo internacional. Dano em equipamento hospitalar. Raio X. Seguradora. Ressarcimento. Ação regressiva. Sub-rogação. Ausência de relação de consumo. Convenção de Varsóvia. Prescrição. Illegitimidade ativa. Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Indenização tarifada.

1. Não se aplica a prescrição anual disciplinada nos arts. 178, § 6º, II, do CC/1916 e 449, II, do Código Comercial à ação proposta pela seguradora, como sub-rogada, contra a empresa de transporte aéreo causadora do dano ao segurado.

2. Comprovado nas instâncias ordinárias que o equipamento hospitalar importado, danificado durante o transporte aéreo, era destinado à segurada, o pretendido reconhecimento da ilegitimidade ativa da seguradora sub-rogada, no caso concreto, esbarra na vedação contida no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3. A expressão “destinatário final” contida no art. 2º, *caput*, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização.

4. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de aparelho de raio X por entidade hospitalar, não hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade, ampliar a gama de serviços e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional de respectivo equipamento, por representar mera etapa do ato complexo de importar.

5. Afastado o CDC no caso concreto, incide a Convenção de Varsóvia e seus aditivos ao transporte aéreo internacional, que impõem a indenização tarifada equivalente a 17 (dezessete) Direitos Especiais de Saque (DES) para efeito de reparar os danos causados à mercadoria transportada. Afasta-se a indenização tarifada quando efetuada declaração especial de valor mediante o pagamento de eventual taxa suplementar (Protocolo Adicional n. 4, art. 22, item 2, 'b'), o que não é a hipótese destes autos.

6. A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou, nos termos do art. 988 do CC/1916, em vigor na época dos fatos deste processo. Concretamente, portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia e seus aditivos.

7. Recurso especial parcialmente provido.

No referido julgado, no qual fui designado Relator para acórdão, o Tribunal de origem havia afastado a indenização tarifada por entender que incidiria o CDC, sendo certo que o recurso especial foi provido, por maioria, nesta Turma para limitar o valor indenizatório com fundamento na Convenção de Varsóvia, reconhecido expressamente que não estaria caracterizada relação de consumo.

Especificamente acerca do mencionado tema, assim fiz constar do meu voto, que reitero para este caso com o propósito manter o acórdão ora recorrido, o qual, no ponto, manteve a indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia:

III. Indenização Tarifada: Arts. 22, Item 2, da Convenção de Varsóvia e 2º do CDC

O Tribunal de origem afastou a indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia por entender que estaria caracterizada relação de consumo entre o hospital segurado e a transportadora e que as normas do CDC prevaleceriam em relação à referida convenção e sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986).

A recorrente, FEDEX, sustenta que os arts. 22, item 2, da Convenção de Varsóvia e 2º do CDC foram violados porque (i) incidiria a convenção pelo princípio da especialidade e (ii) a Sociedade Beneficente das Senhoras do Hospital Sírio Libanês, importadora do equipamento, não poderia ser considerada destinatária final dos serviços de transporte, descaracterizando-se a relação de consumo no contrato de transporte.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte converge no sentido de que o CDC, quando verificada a relação de consumo, prevalece sobre a Convenção de Varsóvia e sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, podendo-se citar, v.g.:

Agravo regimental em recurso especial. Ação condenatória (indenizatória). Danos patrimoniais e extrapatrimoniais Decorrentes de extravio de bagagem em voo aéreo internacional. Prevalência das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial. Harmonia entre o entendimento adotado pelo Tribunal de origem e a jurisprudência desta Corte.

Insurgência recursal da ré.

[...]

2. Em hipótese como a dos autos, na qual se pleiteia a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos decorrentes do extravio de sua bagagem, em transporte aéreo internacional, a jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de prevalência das normas do Código de Defesa do Consumidor em detrimento da Convenção de Varsóvia.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.314.620/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 24.10.2013).

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Danos morais. Transporte aéreo internacional. Atraso de voo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Quantum* indenizatório. Súmula n. 7/STJ.

1. As indenizações tarifadas previstas nas Convenções Internacionais (Varsóvia, Haia e Montreal) não se aplicam ao pedido de danos morais decorrentes de má prestação do serviço de transporte aéreo internacional, prevalecendo o Código de Defesa do Consumidor.

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ).

3. Em hipóteses excepcionais, quando manifestamente irrisório ou exorbitante o valor da indenização, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice, para possibilitar a revisão.

4. No caso concreto, a indenização fixada pelo juízo singular em R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e mantida pelo Tribunal local não se revela excessiva.

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 39.543/RJ, da minha relatoria, Quarta Turma, DJe de 27.11.2012).

Agravo regimental no recurso especial. Extravio de bagagem. Seguradora sub-roga-se nos direitos do segurado em ação de regresso. A indenização pelo extravio de mercadoria, após o advento do CDC, não segue o tarifamento do Pacto de Varsóvia. Súmula 83/STJ. Agravo desprovido (AgRg no REsp n. 1.181.252/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 20.8.2012).

Entretanto, no presente caso, divergindo do entendimento adotado pelos eminentes Ministros Relator e *Marco Buzzi*, entendo que o CDC não se aplica, tendo em vista que o contrato de transporte objeto destes autos não decorre de relação que se pode qualificar como de consumo, mas de simples relação jurídico-obrigacional de índole mercantil.

Nos termos do art. 2º, *caput*, do CDC, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A expressão “destinatário final”, por sua vez, deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o CDC, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, em regra, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio.

Evidentemente, sob esse enfoque, não se pode considerar destinatário final aquele que, de alguma forma, com propósito meramente comercial, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização. Confira-se, a respeito, a lição de CLÁUDIA LIMA MARQUES:

Para os *finalistas*, como eu, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela

só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, conviria delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não necessita dela, quem é consumidor e quem não é. Os finalistas propõem, então, que se interprete a expressão 'destinatário final' do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básico do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º.

Destinatário final seria aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida "destinação final" do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Parece-me que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurada um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.

As exceções, sempre nesta visão teleológica, devem ser estudadas pelo Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, uma vez que a vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica e informacional, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade (uma farmácia); interpretar o art. 2º de acordo com o *fim da norma*, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais. Note-se que neste caso se presume que a pessoa física seja sempre consumidora frente a um fornecedor e se permite que a pessoa jurídica vulnerável prove sua vulnerabilidade (Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 68/69).

No caso presente, a aquisição do equipamento de *raio x* destina-se a ampliar a prestação de serviços pelo hospital ao destinatário final, que é o paciente. Em outras palavras, a aquisição do bem tem como objetivo único incrementar a atividade da instituição hospitalar, ampliando e melhorando a gama de serviços e aumentando os lucros.

Sob esse enfoque, não se pode conceber o contrato de transporte isoladamente. Na verdade, a importação do equipamento de *raio x* tem natureza de ato complexo, envolvendo (i) a compra e venda propriamente dita, (ii) o desembaraço para retirar o bem do país de origem, (iii) o eventual seguro, (iv) o transporte e (v) o desembaraço no país de destino mediante o recolhimento de taxas, impostos etc. Tais etapas do ato complexo de importação, conforme o caso, podem ser efetivadas diretamente por agentes da própria empresa adquirente – no caso o hospital – ou envolver terceiros contratados para cada fim específico. Mas esta última possibilidade – contratação de terceiros –, por si, não permite que se aplique separadamente, a cada etapa, normas legais diversas da incidente sobre o ciclo completo da importação.

Partindo da premissa incontroversa de que a importação – aí incluídos todos os atos praticados e contratos celebrados ao longo do respectivo ciclo – visa a incrementar a atividade econômica, hospitalar, não há como considerar a importadora, Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês, destinatária final do ato complexo de importação nem dos atos e contratos intermediários, entre eles o contrato de transporte, para os propósitos da tutela protetiva da legislação consumerista.

A meu ver, aplica-se aqui o mesmo entendimento adotado nesta Corte nos casos de financiamento bancário ou de aplicação financeira com o propósito de ampliar capital de giro e de fomentar a atividade empresarial. O capital obtido da instituição financeira, evidentemente, destina-se, apenas, a fomentar a atividade industrial, comercial ou de serviços e, com isso, ampliar os negócios e o lucro. Daí que a tais operações não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pela ausência da figura do consumidor, definida no art. 2º do referido diploma. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Repetição de indébito. Financiamento empresarial. CDC. Inaplicabilidade. Alteração da conclusão do Tribunal de origem. Reexame do contexto fático-probatório. Inviabilidade. Restituição em dobro. Inexistência de má-fé. Incidência da Súmula 07/STJ. Juros moratórios. Ausência de prequestionamento do artigo apontado como violado. Súmulas 282 e 356/STF. Aplicação. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. A jurisprudência deste Sodalício é uníssona quanto a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos casos em que o financiamento obtido pelo empresário for destinado precipuamente a incrementar sua atividade comercial, não podendo ser qualificado como destinatário final, porquanto inexistente a pretendida relação de consumo. Precedentes.

[...]

6. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 386.182/AP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 28.10.2013).

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

[...]

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

4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 71.538/SP, desta Relatoria, Quarta Turma, DJe de 4.6.2013).

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Ação de revisão de contrato de financiamento para aquisição de franquia cumulada com repetição de indébito. Relação de consumo. Inexistência.

1.- Conforme entendimento firmado por esta Corte, o critério adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.

2.- No caso dos autos, em que se discute a validade das cláusulas de dois contratos de financiamento em moeda estrangeira visando viabilizar a franquia para exploração de Restaurante “Mc Donald’s”, o primeiro no valor de US\$ 368.000,00 (trezentos e sessenta e oito mil dólares) e o segundo de US\$ 87.570,00 (oitenta e sete mil, quinhentos e setenta dólares), não há como se reconhecer a existência de relação de consumo, uma vez que os empréstimos tomados tiveram o propósito de fomento da atividade empresarial exercida pelo recorrente, não havendo, pois, relação de consumo entre as partes.

3.- Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.193.293/SP, Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 11.12.2012).

Contrato de *factoring*. Recurso especial. Caracterização do escritório de *factoring* como instituição financeira. Descabimento. Aplicação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor à avença mercantil, ao fundamento de se tratar de relação de consumo. Inviabilidade.

1. As empresas de *factoring* não são instituições financeiras, visto que suas atividades regulares de fomento mercantil não se amoldam ao conceito legal, tampouco efetuam operação de mútuo ou captação de recursos de terceiros. Precedentes.

2. “A relação de consumo existe apenas no caso em que uma das partes pode ser considerada destinatária final do produto ou serviço. Na

hipótese em que produto ou serviço são utilizados na cadeia produtiva, e não há considerável desproporção entre o porte econômico das partes contratantes, o adquirente não pode ser considerado consumidor e não se aplica o CDC, devendo eventuais conflitos serem resolvidos com outras regras do Direito das Obrigações". (REsp 836.823/PR, Rel. Min. *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, DJ de 23.8.2010).

3. Com efeito, no caso em julgamento, verifica-se que a ora recorrida não é destinatária final, tampouco se insere em situação de vulnerabilidade, porquanto não se apresenta como sujeito mais fraco, com necessidade de proteção estatal, mas como sociedade empresária que, por meio da pactuação livremente firmada com a recorrida, obtém capital de giro para operação de sua atividade empresarial, não havendo, no caso, relação de consumo.

4. Recurso especial não provido (REsp n. 938.979/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 29.6.2012).

Embargos declaratórios. Efeito infringente. Recebimento como agravo regimental. Recurso especial. Cédulas rurais. Incidência da legislação consumerista. Destinatário final. Não caracterização. Súmula n. 7/STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

1. Desqualifica a condição de consumidor final a utilização dos recursos obtidos mediante financiamento por meio de cédulas rurais para a compra de insumos e o fomento da produção.

[...]

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento (EDcl no REsp n. 1.171.343/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 27.9.2011).

Entendo que, da mesma forma que o financiamento e a aplicação financeira mencionados fazem parte e não podem ser desmembrados do ciclo de produção, comercialização e de prestação de serviços, o contrato de transporte igualmente não pode ser retirado do ato complexo de importar equipamento para ampliar os serviços no hospital em apreço. Observe-se que, num e noutro caso, está-se diante de uma engrenagem complexa, que demanda a prática de vários outros atos com o único escopo de fomentar a atividade da pessoa jurídica. No caso presente, almejam-se lucros mediante a utilização do equipamento na cadeia produtiva, e, sem o respectivo transporte para o Brasil, tal objetivo ficaria inviabilizado.

Nessa linha de entendimento, trago os seguintes precedentes da *Terceira Turma*, nos quais, para efeito de afastar a relação de consumo, o contrato de transporte foi vinculado à finalidade do bem transportado de incrementar a atividade da empresa contratante:

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

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

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

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

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

5. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 1.358.231/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.6.2013).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Inadmissão de recurso especial. Transporte multimodal de cargas. Extravio. Responsabilidade civil. Pagamento de indenização securitária. Sub-rogação. Prazo prescricional. Não aplicação do CDC. Contrato mercantil. Atração dos Enunciados Sumulares n. 7 e 83/STJ. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag n. 1.291.994/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 6.3.2012).

Agravo regimental no recurso especial. Transporte marítimo. Avarias nas cargas transportadas. Ação de regresso proposta pela seguradora. Negativa de prestação jurisdicional. Alegação genérica. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 284/STF. Prescrição. Inaplicabilidade do CDC à espécie. Prazo anual aplicável. Acórdão recorrido em desacordo com o entendimento desta Corte. Recurso improvido (AgRg no REsp n. 1.221.880/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe de 2.10.2012).

Agravo regimental no recurso especial. Transporte marítimo de mercadoria. Seguradora. Cobrança. Prescrição civil. Ausência de relação de consumo.

1. Esta Corte já firmou entendimento de que, ao efetuar o pagamento da indenização ao segurado em decorrência de danos causados por terceiro, a seguradora sub-roga-se nos direitos daquele, podendo, dentro do prazo prescricional aplicável à relação jurídica originária, buscar o ressarcimento do que despendeu, nos mesmos termos e limites que assistiam ao segurado.

2. No caso de não se averiguar a relação de consumo no contrato de transporte firmado, já decidiu esta Corte Superior que é de 1 (um) ano o prazo prescricional para propositura de ação de segurador sub-rogado requerer da transportadora o ressarcimento pela perda da carga. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp n. 1.169.418/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 14.2.2014).

Finalmente, não se desconhece que esta Corte tem atenuado a incidência da teoria finalista, aplicando o Código de Defesa de Consumidor quando, apesar de relação jurídico-obrigacional entre comerciantes ou profissionais, estiver caracterizada situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência. Confira-se, *v.g.*:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Venda pela *internet*. Cartão de crédito clonado. Inaplicabilidade do Código Consumerista. Interpretação de cláusula contratual e reexame de provas. Descabimento. Súmulas STJ/5 e 7. Decisão agravada mantida. Improvimento.

1.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade, hipótese não observada caso dos autos.

[...]

3.- Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp n. 328.043/GO, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 328.043/GO).

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

Irresignação da executada.

[...]

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

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

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

Direito Civil e Processual Civil. Código de Defesa do Consumidor para proteção de pessoa jurídica. Teoria finalista aprofundada. Requisito da vulnerabilidade não caracterizado. Exigibilidade de obrigação assumida em moeda estrangeira. Fundamento do acórdão não atacado.

1.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

2.- No caso dos autos, tendo o Acórdão recorrido afirmado que não se vislumbraria a vulnerabilidade que inspira e permeia o Código de Defesa do Consumidor, não há como reconhecer a existência de uma relação jurídica de consumo sem reexaminar fatos e provas, o que veda a Súmula 07/STJ.

[...]

4.- Agravo Regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.149.195/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 1º.8.2013).

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

[...]

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

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

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

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

No presente caso, entretanto, além de não apreciado tal aspecto, tem-se que o hospital importador não revela vulnerabilidade ou hipossuficiência, o que afasta a incidência das normas do CDC.

Inexistindo relação de consumo entre o segurado e a transportadora, circunstância que impede a aplicação das regras específicas do CDC, há que ser observada a Convenção de Varsóvia, que regula especificamente o transporte aéreo internacional, dispondo o art. 22, item 2, alínea 'b', assim:

b) No transporte de mercadorias limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor no momento de confiar os volumes ao transportador e mediante pagamento de uma eventual taxa suplementar. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao valor real da mercadoria (Protocolo Adicional n. 4, assinado em Montreal, em 25 de setembro de 1975, promulgado no Brasil pelo Decreto Federal n. 2.861, de 7.12.1998).

A indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia, portanto, equivalente a "17 Direitos Especiais de Saque por quilograma", deve prevalecer, ressaltando-se não haver notícia de "declaração especial de valor" apresentada pelo hospital importador na forma do art. 22, item 2, alínea 'b', acima reproduzido. Ora, se o importador, contratualmente, preferiu não fazer a referida "declaração", não há dúvida de que livremente optou pelo risco de receber a indenização tarifada. Ou seja, desembolsou menos pelo transporte, mas, por escolha própria, correu um risco maior, o que, no âmbito das relações comerciais, é absolutamente legal. Por isso, acautelou-se por meio de um contrato de seguro.

Convém registrar que tanto o referido precedente quanto o presente processo dizem respeito a transportes e a danos ocorridos ainda na vigência do CC/1916.

Devo mencionar, no entanto, que este colegiado, assim como a *Terceira Turma*, proferiram julgados que, nas respectivas fundamentações, são contrários, em parte, ao mencionado precedente de minha relatoria. Tratam, todavia, de fatos ocorridos na vigência do CC/2002, sendo oportuno reproduzir as respectivas ementas, *in verbis*:

Recurso especial. Ação promovida por seguradora, em regresso, pelos danos materiais suportados pela empresa segurada, decorrentes do defeito da prestação do serviço de transporte aéreo (extravio de mercadoria devida e previamente declarada, com inequívoca ciência do transportador acerca de seu conteúdo). Responsabilidade do transportador pelo extravio das mercadorias. Indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia e Código Brasileiro de Aeronáutica. Inaplicabilidade. Relação consumerista. Não caracterização, sendo, pois, irrelevante, para a integral responsabilização do transportador. Alteração de entendimento. Proposição. Antinomia de normas. Critério da especialidade. Insuficiência. Princípio da indenizabilidade irrestrita. Observância. Insubsistência das razões que justifiquem tratamento protetivo ao transporte aéreo, em matéria de responsabilidade civil. Recurso especial improvido.

1. A jurisprudência desta Corte Superior perfilha, atualmente, o entendimento de que, estabelecida relação jurídica de consumo entre as partes, a indenização pelo extravio de mercadoria transportada por via aérea deve ser integral, não se aplicando, por conseguinte, a limitação tarifada prevista no Código de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia. Dessa orientação não se dissuade. Todavia, tem-se pela absoluta inaplicabilidade da indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, *inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de consumo*, especialmente no caso em que os danos advindos da falha do serviço de transporte em nada se relacionam com os riscos inerentes ao transporte aéreo.

2. O critério da especialidade, como método hermenêutico para solver o presente conflito de normas (Convenção de Varsóvia de 1929 e Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986 x Código Civil de 2002), isoladamente considerado, afigura-se insuficiente para tal escopo.

Deve-se, ainda, mensurar, a partir das normas em cotejo, qual delas melhor reflete, no tocante à responsabilidade civil, os princípios e valores encerrados na ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988. E inferir, a partir daí, se as razões que justificavam a referida limitação, inserida no ordenamento jurídico nacional em 1931 pelo Decreto n. 20.704, encontrar-se-iam presentes nos dias atuais, com observância ao postulado da proporcionalidade.

3. A limitação tarifária contemplada pela Convenção de Varsóvia aparta-se, a um só tempo, do direito à reparação integral pelos danos de ordem material injustamente percebidos, concebido pela Constituição Federal como direito

fundamental (art. 5º, V e X), bem como pelo Código Civil, em seu art. 994, que, em adequação à ordem constitucional, preceitua que a indenização mede-se pela extensão do dano. Efetivamente, a limitação prévia e abstrata da indenização não atenderia, sequer, indiretamente, ao princípio da proporcionalidade, notadamente porque teria o condão de esvaziar a própria função satisfativa da reparação, ante a completa desconsideração da gravidade e da efetiva repercussão dos danos injustamente percebidos pela vítima do evento.

3.1 Tampouco se concebe que a solução contida na lei especial, que preceitua a denominada indenização tarifada, decorra das necessidades inerentes (e atuais) do transporte aéreo. Reprisa-se, no ponto, o entendimento de que as razões pelas quais a limitação da indenização pela falha do serviço de transporte se faziam presentes quando inseridas no ordenamento jurídico nacional, em 1931, pelo Decreto n. 20.704, não mais subsistem nos tempos atuais. A limitação da indenização inserida pela Convenção de Varsóvia, no início do século XX, justificava-se pela necessidade de proteção a uma indústria, à época, incipiente, em processo de afirmação de sua viabilidade econômica e tecnológica, circunstância fática inequivocamente insubsistente atualmente, tratando-se de meio de transporte, estatisticamente, dos mais seguros. Veja-se, portanto, que o tratamento especial e protetivo então dispensado pela Convenção de Varsóvia e pelo Código Brasileiro de Aeronáutica ao transporte aéreo, no tocante a responsabilização civil, devia-se ao risco da aviação, relacionado este à ocorrência de acidentes aéreos.

3.2 Em absoluto descompasso com a finalidade da norma (ultrapassada, em si, como anotado), permitir que o tratamento benéfico se dê, inclusive, em circunstâncias em que o defeito na prestação do serviço em nada se relacione ao risco da aviação em si. Esse, é, aliás, justamente o caso dos autos. Segundo consignado pelas instâncias ordinárias, o dano causado decorreu do extravio da bagagem já em seu destino – totalmente desconectado, portanto, do risco da aviação em si –, o que robustece a compreensão de que a restrição à indenização, se permitida fosse (o que se admite apenas para argumentar), careceria essencialmente de razoabilidade.

4. O art. 750 do Código Civil não encerra, em si, uma exceção ao princípio da indenizabilidade irrestrita. O preceito legal dispõe que o transportador se responsabilizará pelos valores constantes no conhecimento de transporte. Ou seja, pelos valores das mercadorias previamente declaradas pelo contratante ao transportador.

4.1 Desse modo, o regramento legal tem por propósito justamente propiciar a efetiva indenização da mercadoria que se perdeu – *devida e previamente declarada, contando, portanto, com a absoluta ciência do transportador acerca de seu conteúdo* – evitando-se, com isso, que a reparação tenha por lastro a declaração unilateral do contratante do serviço de transporte, que, eventualmente de má-fé, possa superdimensionar o prejuízo sofrido.

Essa circunstância, a qual a norma busca evitar, não se encontra presente na espécie. Efetivamente, conforme restou reconhecido pela instância precedente, recai inequívoco dos autos que o transportador, antes de realizar o correlato serviço, tinha plena ciência do conteúdo da mercadoria – fato expressamente reconhecido pela própria transportadora e consignado no acórdão que julgou os embargos de declaração, e que pode ser constatado, inclusive, a partir do próprio conhecimento de transporte, em que há a menção do conteúdo da mercadoria transportada (equipamentos de telecomunicação).

5. Recurso especial improvido (REsp n. 1.289.629/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 20.10.2015, DJe de 3.11.2015).

Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil. Transporte aéreo internacional de mercadoria. Extravio e avaria. Indenização tarifada. Convenção de Varsóvia. Inaplicabilidade. Danos de origem material. Reparação integral. Conhecimento aéreo. Documento preenchido. Bens transportados pelo transportador. Ciência.

1. São inaplicáveis as indenizações tarifadas previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA - art. 246 da Lei n. 7.565/1986) e na Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Varsóvia - Decreto n. 20.704/1931), com as modificações dos Protocolos da Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910/2006), seja para as relações jurídicas de consumo seja para as estabelecidas entre sociedades empresárias, sobretudo se os danos oriundos da falha do serviço de transporte não resultarem dos riscos inerentes ao transporte aéreo. Prevalência do direito à reparação integral dos danos de índole material (arts. 5º, V e X, da CF e 732 e 944 do CC). Precedente da Terceira Turma.

2. A reparação dos prejuízos causados pela perda ou avaria da mercadoria transportada deverá ser plena, principalmente se o transportador tiver ciência de seu conteúdo (art. 750 do CC).

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp n. 1.421.155/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 12.4.2016, DJe de 19.4.2016).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Direito Securitário. Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Pagamento a segurado. Sub-rogação legal. Súmula 188/STF. Indenização tarifada. Código Brasileiro da Aeronáutica. Convenção de Varsóvia. Inaplicabilidade. Agravo desprovido.

1. Não prospera a alegada ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, tendo em vista que o v. acórdão recorrido adotou fundamentação clara e suficiente, decidindo integralmente a controvérsia.

2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte de que a seguradora sub-roga-se no direito de sua segurada, nos termos da Súmula 188/STF, *in verbis*: "O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro."

3. *Afigura-se inaplicável a indenização tarifada prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica e na Convenção de Varsóvia, em caso de responsabilidade do transportador aéreo por extravio de carga. Precedentes.*

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp n. 782.548/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 17.3.2016, DJe de 13.4.2016 – grifei).

Registro que os dois últimos precedentes referidos acima (AgRg no REsp n. 1.421.155/SP, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, Quarta Turma, DJe de 19.4.2016, e AgRg no AREsp n. 782.548/RJ, Rel. Ministro *Raul Araújo*, Quarta Turma, DJe de 13.4.2016) encontram-se fundamentados no primeiro precedente reproduzido (REsp n. 1.289.629/SP, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, Terceira Turma, DJe de 3.11.2015), razão pela qual se cuidará a seguir, apenas, de tal julgado, parcialmente contrário – apenas sob o enfoque do princípio constitucional da indenização irrestrita – ao que foi decidido no REsp n. 1.162.649/SP, desta Turma, acerca especificamente dos casos em que não houver relação de consumo, como nestes autos.

Tal precedente (REsp n. 1.289.629/SP), da *Terceira Turma*, decidiu que, mesmo nas hipóteses em que a relação jurídica estabelecida não seja consumerista, a indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia não mais poderia ser aplicada, considerando o princípio constitucional da indenizabilidade irrestrita (art. 5º, V e X, da CF/1988) e o afastamento, sob esse enfoque, do princípio processual da especialidade, admitindo a incidência da norma do art. 944 do CC/2002, que também disciplina a ampla indenização, e do art. 732 do mesmo Código. Confirmam-se, a propósito, os seguintes lances do fundamentado voto proferido pelo em. Ministro *Marco Aurélio Bellizze* sobre o tema:

Sem olvidar a robustez dos fundamentos adotados nos precedentes retrocitados, que, como bem demonstrado, retratam indiscutivelmente o atual posicionamento jurisprudencial desta Corte de Justiça, reputou-se relevante proceder a uma detida reflexão sobre a questão da indenização tarifada contemplada pela Convenção de Varsóvia, em confronto com o princípio da indenizabilidade irrestrita assegurado pelo Código Civil (art. 944), em consonância com a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, V e X), inferindo-se, a partir daí, se as razões que justificavam a referida limitação, inserida no ordenamento jurídico nacional em 1931, pelo Decreto n. 20.704, encontrar-se-iam presentes nos dias atuais, com observância ao postulado da proporcionalidade.

E, o fazendo, *permissa venia*, tem-se pela absoluta inaplicabilidade da indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, *inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de*

consumo, especialmente no caso em que os danos advindos da falha do serviço de transporte em nada se relacionam com os riscos inerentes ao transporte aéreo.

No ponto, releva anotar que *o fundamento utilizado*, inclusive em julgados desta Corte de Justiça, para lastrear a limitação das indenizações pelos prejuízos decorrentes do transporte aéreo prevista (prévia e abstratamente ao evento danoso) na Convenção de Varsóvia, assim como no Código Brasileiro de Aeronáutica (anteriores à Constituição Federal de 1988), *repousa essencialmente na especialidade das aludidas leis*, que prevaleceriam sobre a geral, a dirimir, assim, o conflito aparente de normas.

Assim, especialmente antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, tinha-se por legítima, *com base no critério da especialidade*, a limitação da indenização aos parâmetros contidos na referidas normas (Convenção de Varsóvia, assim como no Código Brasileiro de Aeronáutica).

[...]

Permissa venia, o critério da especialidade, como método hermenêutico para solver o presente conflito de normas (Convenção de Varsóvia de 1929 e Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986 x Código Civil de 2002), isoladamente considerado, afigura-se, na compreensão deste Relator, insuficiente para tal escopo.

Deve-se, ainda, mensurar, a partir das normas em cotejo, qual delas melhor reflete, no tocante à responsabilidade civil, os princípios e valores encerrados na ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988. E inferir, a partir daí, se as razões que justificavam a referida limitação, inserida no ordenamento jurídico nacional em 1931, pelo Decreto n. 20.704, encontrar-se-iam presentes nos dias atuais, com observância ao postulado da proporcionalidade.

Na hipótese dos autos, em matéria de responsabilidade civil, pode-se identificar, como normas em aparente colisão: de um lado, a Convenção de Varsóvia (norma especial e anterior - aliás, anterior à própria Ordem Constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988), e, de outro, o Código Civil (norma geral e posterior), que preconiza, em seu art. 944, que a indenização mede-se pela extensão do dano, em consonância, é certo, com a Ordem Constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que traz, em si, como direito fundamental, o princípio da indenizabilidade irrestrita (art. 5º, V e X).

Como assinalado, a adoção, simplesmente, dos critérios clássicos de resolução de conflito aparente de normas poderia, numa primeira e açodada análise, levar a conclusão de que haveria prevalência do critério da especialidade sobre o da anterioridade, inclusive porque a norma posterior não revoga necessariamente a preexistente. *Todavia, há que se extrair, também no caso dos autos, a força normativa conferida às referidas normas pela Constituição Federal. Tal proceder se afigura ainda mais relevante em se considerando que uma das normas em confronto é anterior, como visto, à própria Constituição Federal.*

Com esse norte, a prevalência da especialidade, como critério hermenêutico a solver a antinomia de normas acima apresentada (norma anterior e especial x norma posterior e geral), deve ser admitida como regra, *desde que “a solução contida na lei especial” decorra das necessidades próprias do setor específico por ela regulado*. Ausentes as razões que justifiquem o tratamento dado, a determinado setor, pela lei especial/anterior, diverso daquele emanado pelo regime geral/posterior, torna-se, por consectário, insubsistente o regramento especial.

Por oportuno, destacam-se, respectivamente, os escólios de Maria Helena Diniz e José de Oliveira Ascensão, que, após assentarem não ser o critério da especialidade absoluto a solver a antinomia de normas retratada nos autos, preceituam critérios a nortearem a correta solução do conflito:

[...] Em caso de antinomia entre o *critério de especialidade* e o *cronológico*, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Esse metacritério é parcialmente inefetivo, por ser menos seguro que o anterior [*lex posteriori inferiori non derogat priori superiori*]. A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida: conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério.

[...]

A real antinomia jurídica é uma situação problemática que requer uma solução satisfatória e justa. Para tanto o aplicador do direito está autorizado a recorrer: 1) Aos princípios gerais de direito, elementos normativos operantes nos casos concretos problemáticos, decorrentes de uma estimação objetiva, ética e social. [...] 2) Aos valores predominantes na sociedade, positivados, implícita ou explicitamente, pela ordem jurídica, para proporcionar a garantia necessária à segurança da comunidade’ (Diniz, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 9ª Edição. 2009. Editora Saraiva. São Paulo. p. 50, 58-60)

[...]

A afirmação aparentemente lógica de que a lei geral, por ser mais extensa, incluirá no seu âmbito a matéria da lei especial, ficando esta revogada, não se sobrepõe à consideração substancial de que o regime geral não toma em contas as circunstâncias particulares que justificaram justamente a emissão de lei especial. Por isso não será afetada em razão de o regime geral ter sido modificado. [...] Mas esta consequência não é fatal. Não acontecerá assim se se retirar da lei nova a pretensão de regular totalmente a matéria, não deixando subsistir leis especiais. Haverá então

circunstâncias relevantes, em termos de interpretação, que nos permitam concluir que a lei geral nova pretende afastar a lei especial antiga. Pode, por exemplo, a lei nova ter por objetivo justamente pôr termo a regimes especiais antigos que deixaram de se justificar. Se se puder chegar a esta conclusão, a lei especial antiga fica revogada pela lei geral.

Em qualquer caso, o intérprete terá de procurar apurar um sentido objetivo da lei. Esse sentido é o de regular exaustivamente um setor, não deixando subsistir fontes especiais. Não é diretamente o sentido e revogar as fontes especiais, pois esse é mera consequência da destinação à regulação integral. Esse sentido há de revelar-se por indícios de uma das seguintes ordens: 1) a premência da solução, igualmente sentida no setor em que vigorava a lei especial; 2) o fato de a solução constante da lei “especial” não se justificar afinal por necessidades próprias desse setor, pelo que não merece subsistir como lei especial.

[...]

Se o legislador se decide a alterar o regime geral, o que temos de perguntar é o seguinte: o regime estabelecido nesse domínio especial é justificado por considerações próprias desse setor? Se o é - e mesmo que estajamos em total discordância com a solução trazida - o regime especial é insensível à alteração da lei geral.

Mas se o não é, se não há razões de especialidade substancial que o justifiquem, então esse regime foi atingido pela alteração da lei geral. Não há nada nele que oponha resistência à vigência da lei geral. (Ascensão, José de Oliveira. Introdução à Ciência do Direito. 3ª Edição. 2005. Rio de Janeiro. Editora Renovar. p. 518-519)

Nessa linha de intelecção, é de se reconhecer que a limitação tarifária contemplada pela Convenção de Varsóvia aparta-se, a um só tempo, do direito à reparação integral pelos danos de ordem material injustamente percebidos, concebido pela Constituição Federal como direito fundamental, bem como pelo Código Civil, que, em adequação à ordem constitucional, de igual modo preceitua.

Efetivamente, a limitação prévia e abstrata da indenização não atenderia, sequer, indiretamente, ao princípio da proporcionalidade, notadamente porque teria o condão de esvaziar a própria função satisfativa da reparação, ante a completa desconsideração da gravidade e da efetiva repercussão dos danos injustamente percebidos pela vítima do evento.

Aliás, o Código Civil, em seu artigo 732, ao tratar especificamente dos contratos de transporte, em contrariedade ao que alega a parte recorrente, reconhece a aplicabilidade dos preceitos da legislação especial e de tratados e convenções internacionais, desde que não contrariem as disposições do mesmo diploma.

Eis o teor do dispositivo legal:

Art. 732. *Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.*

Ressalta-se, porque relevante, que a restrição ao direito à reparação integral pelos danos de ordem material e moral injustamente percebidos somente poderia ser admitida, em tese, caso houvesse previsão nesse sentido no próprio diploma legal do qual tal direito emana. Esta contemporização do direito à integral reparação, todavia, não se verifica do tratamento ofertado à questão pelo Código Civil. Vislumbra-se, quando muito, como hipótese de incidência subsidiária, o caso em que o transportador não detém conhecimento prévio sobre o conteúdo da mercadoria a ser transportada e, embora incontroverso a ocorrência do dano, não se tem elementos idôneos a demonstrar seu valor (ante o extravio da mercadoria, por exemplo), circunstâncias, conforme se demonstrará, não ocorrentes na espécie.

Tampouco se concebe que a solução contida na lei especial, que preceitua a denominada indenização tarifada, decorra das necessidades inerentes (e atuais) do transporte aéreo. Reprisa-se, no ponto, o entendimento de que as razões pelas quais a limitação da indenização pela falha do serviço de transporte se faziam presentes quando inseridas no ordenamento jurídico nacional, em 1931, pelo Decreto n. 20.704, não mais subsistem nos tempos atuais. A limitação da indenização inserida pela Convenção de Varsóvia, no início do século XX, justificava-se pela necessidade de proteção a uma indústria, à época, incipiente, em processo de afirmação de sua viabilidade econômica e tecnológica, circunstância fática inequivocamente insubsistente atualmente, tratando-se de meio de transporte, estatisticamente, dos mais seguros.

Veja-se, portanto, que o tratamento especial e protetivo então dispensado pela Convenção de Varsóvia e pelo Código Brasileiro de Aeronáutica ao transporte aéreo, no tocante à responsabilização civil, devia-se ao risco da aviação, relacionado este à ocorrência de acidentes aéreos. Em absoluto descompasso com a finalidade da norma (ultrapassada, em si, como anotado), permitir que o tratamento benéfico se dê, inclusive, em circunstâncias em que o defeito na prestação do serviço em nada se relacione ao risco da aviação em si.

Esse, é, aliás, justamente o caso dos autos. Segundo consignado pelas instâncias ordinárias, o dano causado decorreu do extravio da bagagem já em seu destino – totalmente desconectado, portanto, do risco da aviação em si –, o que robustece a compreensão de que a restrição à indenização, se permitida fosse (o que se admite apenas para argumentar), careceria essencialmente de razoabilidade.

Na linha de entendimento ora esposado, há que se fazer necessária menção ao lapidar voto-vista do eminente Ministro Cesar Peluso, que, por ocasião do já referido Recurso Extraordinário 351.750, aprofundou, e muito, na controvérsia

então submetida ao Supremo Tribunal Federal (**restrita, como assinalado, sobre a prevalência do CDC sobre a Convenção de Varsóvia**), para reconhecer, **obter dictum**, a própria não recepção de indenização tarifária pela Ordem Constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988.

Pela robustez dos fundamentos, passa-se a reproduzi-lo, em sua inteireza, no que importa à presente controvérsia:

[...]

Como é de lugar comum, o “*ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais*”, e os incs. V e X do art. 5º da CF consagram o “*princípio da indenizabilidade irrestrita*”, segundo o qual as indenizações por dano material e moral devem ser a estes proporcionais.

Por outro lado, os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (“*Convenção de Varsóvia*”), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006) estabelecem limites pré-fixados à verba indenizatória por danos materiais. Assim, a questão que se põe é saber se tais dispositivos subsistiriam, ou não, perante o art. 5º, incs. V e X, da vigente Constituição Federal da República.

3.3. Já não vigeriam deveras, ou, segundo reza outra doutrina de igual consequência prática, perderam seus fundamentos de validade, as normas insertas nos arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (“*Convenção de Varsóvia*”), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006), porque incompatíveis com o alcance das regras estaduais no art. 5º, V e X, da atual Constituição da República, que consagram o “*princípio da indenizabilidade irrestrita*”.

3.4. De fato, o primeiro passo do procedimento metodológico em que se desdobraria a investigação analítica do tema central deste recurso está em saber se tal princípio encontra, já a título de definição de sua esfera de eficácia, dentre as limitações próprias da estrutura da norma que o condensa, alguma restrição apriorística ao valor reparatório dos danos materiais e morais, em qualquer de suas modalidades, ou seja, se o âmbito de proteção da norma garantidora do direito à indenização proporcional ao dano, que constitui o objeto último da tutela, é encurtado por algum limite prévio e abstrato ao valor da reparação pecuniária do mesmo dano.

Aqui, a resposta é negativa. Na fisionomia normativa da indenização proporcional ao dano, a vigente Constituição da República não contém de modo expreso, como o exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como

se concede para argumentar, nenhuma *disposição restritiva* que, limitando o valor da indenização e o grau consequente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela. A norma garantidora, que nasce da conjugação dos textos constitucionais (art. 5º, V e X), é, antes, nesse aspecto, de cunho irrestrito.

3.5. A pergunta subsequente, de certo modo implicada na primeira, é se a Constituição, posto não restringindo o valor indenizatório, autorizaria, com o mesmo resultado prático, de maneira expressa ou não, o preestabelecimento de limites por mediação de lei subalterna, que, para acomodar sua força restritiva a outros postulados sistemáticos, deveria atender aos requisitos constitucionais da *restringibilidade legítima*, sobretudo aos postulados da proibição de excessos e do resguardo ao conteúdo essencial do direito fundamental tutelado.

Noutras palavras, abrigaria a Constituição, ainda quando por modo indireto, cláusula da chamada *reserva de lei restritiva*, à qual autorizasse, por esse artifício, reduzir o âmbito teórico da tutela?

E, aqui, também é não menos negativa a resposta, porque o princípio por observar é que, se lho não autoriza a Constituição *expressis verbis*, não pode lei alguma restringir direitos, liberdades e garantias constitucionais. Tal como no Direito Português e pelas mesmíssimas e irrespondíveis razões, a Constituição brasileira "*individualizou expressamente os direitos sujeitos a reserva de lei restritiva*".

3.6. E, supondo-se por epítrope que o autorizasse a Constituição, ter-se-ia ainda de indagar se os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional ("*Convenção de Varsóvia*"), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006) não sucumbiriam ao contraste com o postulado da proporcionalidade, o qual impõe à lei restritiva que seja necessária, adequada e proporcional.

Ora, parece evidente que, pelo menos, não seria nem necessária (a indenização por danos materiais fixa-se conforme os danos comprovados e a compensação por danos morais por juízo prudencial), nem de justa medida, porque firma uma *ficção reparatória*, ao estatuir limites prévios e abstratos à indenização, a qual, no extremo, estaria sempre a independe dos critérios concretos.

3.7 Não é só. Outra pergunta, envolvida no inquérito teórico, é se, à luz daquelo outro postulado, tal limitação absoluta não sacrificaria o núcleo essencial do direito fundamental restringido.

E vê-se logo que o sacrificaria, porque, na sua vigência hipotética como instância legal redutora da responsabilidade civil, aniquilaria toda a

função *satisfativa* que constitui o cerne mesmo justificador da indenização garantida pela norma de escalão supremo, a qual perderia a razão de ser, em não se prestando a tutelar o direito subjetivo à incolumidade material e moral, pelo só fato de que o valor econômico do ressarcimento deixaria, em regra, de exprimir algum significado útil ao titular do mesmo direito.

Ora, limitações prévias, que, despojadas de qualquer justificação lógica, desqualificam a importância estimativa da natureza, da gravidade e da repercussão dos danos, bem como dos outros ingredientes pessoais do arbitramento da compensação por danos morais (que é sempre obra de *juízo de equidade*), tornam nula, ou vã, a proteção constitucional do direito à inviolabilidade material e moral e sacrificam-no em concreto. São imposições *excessivas e arbitrárias*, que mal se afeiçoam à vertente substantiva do princípio do justo processo da lei (*substantive due process of law*), que, na visão desta Corte *"atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável"*.

Dessarte, ainda que a mero título de argumentação por hipótese, tenho por incompatíveis com os incs V e X do art. 5º da CF, os arts. 246, 257, 260, 262, 269 e 277 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986) e os arts. 21 e 22 da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (*"Convenção de Varsóvia"*), com as modificações dos Protocolos de Haia e de Montreal (Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006)

Portanto, em atenção: i) ao princípio da indenizabilidade irrestrita, que preconiza que a reparação civil mede-se pela efetiva extensão dos danos, tal como delimitado no Código Civil, a consubstanciar direito fundamental, segundo a ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988; ii) à ausência de razoabilidade e proporcionalidade em se conferir tratamento especial e protetivo, em matéria de responsabilização civil, ao setor de transporte aéreo, cuja evolução tecnológica e econômica o coloca entre os mais seguros estatisticamente, notadamente em casos em que os danos em nada se relacionam com o risco da aviação em si; conclui-se pela absoluta inaplicabilidade da indenização tarifada contemplada na Convenção de Varsóvia, inclusive na hipótese em que a relação jurídica estabelecida entre as partes não se qualifique como de consumo.

Por fim, diversamente do que argumenta o insurgente, o art. 750 do Código Civil não encerra, em si, uma exceção ao princípio da indenizabilidade irrestrita. O preceito legal dispõe que o transportador se responsabilizará pelos valores constantes no conhecimento de transporte, ou seja, pelos valores das mercadorias previamente declaradas pelo contratante ao transportador.

Desse modo, o regramento legal tem por propósito justamente propiciar a efetiva indenização da mercadoria que se perdeu – *devida e previamente declarada, contando, portanto, com a absoluta ciência do transportador acerca de seu conteúdo*

– evitando-se, com isso, que a reparação tenha por lastro a declaração unilateral do contratante do serviço de transporte, que, eventualmente de má-fé, possa superdimensionar o prejuízo sofrido.

Essa circunstância, a qual a norma busca evitar, não se encontra presente na espécie. Efetivamente, conforme restou reconhecido pela instância precedente, recai inequívoco dos autos que o transportador, antes de realizar o correlato serviço, tinha plena ciência do conteúdo da mercadoria – fato expressamente reconhecido pela própria transportadora (e-STJ, fl. 223) e consignado no acórdão que julgou os embargos de declaração (e-STJ, fls. 439-442), e que pode ser constatado, inclusive, a partir do próprio conhecimento de transporte constante de fls. 87, 218 e 219 (e-STJ), em que há a menção do conteúdo da mercadoria transportada (equipamentos de telecomunicação).

Assim, encontrando-se cabalmente demonstrado que o transportador tinha plena e prévia ciência do conteúdo da mercadoria a ser transportada, os danos advindos do defeito da prestação do serviço de transporte devem ser integralmente reparados.

Nesse contexto, o argumento de que não houvera menção do valor no conhecimento de transporte carece de idoneidade, porquanto tal providência era de incumbência do próprio emissor, que, repisa-se, tinha inequívoco conhecimento prévio do conteúdo da mercadoria a ser transportada, inexistindo prova de que o contratante teria se recusado a declarar os correlatos valores (circunstância nem sequer cogitada nos presentes autos). Aliás, como assinalado, a prova que emerge dos autos, diversamente, aponta que o contratante efetivamente declarou o conteúdo da mercadoria, conferindo absoluta ciência ao transportador. (Grifei.)

Acerca da fundamentação adotada no julgado acima, da *Terceira Turma* (REsp n. 1.289.629/SP), observo que as normas dos arts. 732 e 944 do CC/2002 não alcançam a presente demanda, em que os fatos ocorreram na vigência do CC/1916. Destaco que o antigo Código Civil não possuía dispositivos correspondentes aos do atual diploma, acima mencionados.

Quanto ao princípio constitucional da reparação integral, invocado com base no art. 5º, V e X, da CF/1988, por sua vez, com as mais respeitadas vênias, entendo não se poder adotá-lo no âmbito de Turma deste Tribunal Superior para efeito de afastar a aplicação da Convenção de Varsóvia, diploma específico que regula o transporte aéreo internacional e que foi incorporado no ordenamento jurídico interno “nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa” (ADI/MC n. 1.480-3 – DF, STF, Rel. Ministro *Celso De Mello*,

Tribunal Pleno, DJ de 18.5.2001). Incide, no caso, a vedação contida na Súmula Vinculante n. 10, do STF, segundo a qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Por outro lado, no presente caso, ressaltando-se que o Tribunal de origem aplicou a Convenção de Varsóvia quanto à indenização tarifada e que a ora recorrente nem mesmo cuidou de interpor recurso extraordinário para, eventualmente, discutir a inconstitucionalidade de tal limitação, não seria permitido a esse colegiado sequer arguir a inconstitucionalidade perante a *Corte Especial*, tendo em vista que tal posicionamento representaria uma forma de contornar a distribuição da competência nas instâncias superiores, feita pela Constituição Federal, que remete ao STF as discussões acerca da violação de dispositivos constitucionais. Nesse sentido:

Constitucional. Direito de Família e Sucessões. Incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do CC/2002. Não conhecimento.

1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido.

2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido (AI no REsp n. 1.135.354/PB, Rel. originário Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe de 28.2.2013).

No julgamento da precitada arguição de inconstitucionalidade, constou expressamente do voto do em. Ministro *Teori Albino Zavascki* o que se segue:

2. Procede a preliminar suscitada pelo Min. Cesar Rocha. O acórdão recorrido, confirmando decisão no mesmo sentido proferida em primeiro grau, julgou a causa aplicando - e, portanto, considerando constitucional - o art. 1.790 do Código Civil. É evidente, portanto, que a reforma do julgado supõe a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo. Justamente por isso é que a questão constitucional foi suscitada nas razões de recurso especial. O próprio voto do Ministro relator, referindo-se aos fundamentos do recurso especial, registrou que o recorrente “sinalizou dissídio jurisprudencial quanto à aplicação do art. 1.790 do CC/2002 e suscitou, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício”. *Ora, embora questões constitucionais possam ser invocadas pela*

parte recorrida, é indubitável que, em nosso sistema, não cabe ao recorrente do recurso especial invocar tais questões como fundamento para reforma do julgado, como ocorreu no caso. O recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o STF. Tem-se, portanto, hipótese de insuperável óbice ao conhecimento do recurso, que também contamina, por derivação natural, o do presente incidente de inconstitucionalidade. Assim, em preliminar, voto pelo não-conhecimento do incidente. (Grifei.)

Portanto, em que pesem os referidos precedentes da Terceira e desta Quarta Turma, entendo inaplicáveis ao presente caso as normas do CC/2002 por se cuidar de fatos ocorridos na vigência do CC/1916, bem assim inviável afastar nestes autos, com fundamento em dispositivo constitucional, a norma da Convenção de Varsóvia que disciplina a indenização tarifada.

Para finalizar, informo que o STF iniciou o julgamento do RE n. 636.331/RJ, cuja repercussão geral foi reconhecida, interposto pela SOCIÉTÉ AIR FRANCE com o propósito de aplicar a Convenção de Varsóvia e afastar o CDC em ação indenizatória relativa a extravio de bagagem. Na sessão de 8.5.2014, foram proferidos três votos favoráveis ao provimento do recurso, dos em. Ministros *Gilmar Mendes* (Relator), *Roberto Barroso* e *Teori Zavascki*, pedindo vista a em. Ministra *Rosa Weber*.

Acerca da alegação de dolo ou culpa grave por parte do transportador, essa tese foi repelida pelo Tribunal de origem assim:

5. Embora as apelantes não tenham se preocupado em justificar a ocorrência das avarias da mercadoria, limitando-se a afirmações genéricas e vazias de conteúdo, sem apontar a adoção de medidas concretas, necessárias à boa prestação do serviço, *impossível o reconhecimento da culpa grave ou do dolo*.

É provável a ocorrência desse elemento subjetivo, pois dificilmente teria se verificado o sinistro senão em decorrência de um desses fatores. Se a carga não foi danificada ou se os responsáveis pela conferência e entrega não agiram com manifesta negligência, que outra explicação se pode dar para o ocorrido? Certamente os estragos não se devem a caso fortuito ou força maior.

Mas a causa de pedir é omissa a respeito e o afastamento da indenização tarifada, com incidência do art. 25 da Convenção de Varsóvia configura julgamento extra petita, tal como apontado correta e exclusivamente pela co-apelante Global (fls. 476).

Não obstante inexistir explicação razoável para a danificação da mercadoria, não há como presumir o dolo ou a culpa grave neste processo, simplesmente porque não deduzidos como fato constitutivo do direito. A apelada limitou-se a sustentar a responsabilidade objetiva regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (e-STJ fl. 685).

A ora recorrente, entretanto, não invocou afronta ao art. 25 da Convenção de Varsóvia e deixou de apontar dispositivos legais supostamente violados acerca dos fundamentos atrelados à impossibilidade de julgamento *extra petita* e de não ser permitido presumir o dolo ou a culpa grave. Igualmente não comprovou divergência jurisprudencial relativamente a avarias decorrentes de dolo ou de culpa grave, sendo inviável, portanto, conhecer do recurso sob esse enfoque.

Em tais circunstâncias, o recurso especial interposto por *Unibanco AIG Seguros S.A.* não deve ser provido.

II. Recurso Especial interposto por United Parcel Service Co.

Resumidamente, a mencionada recorrente alega que (i) o prazo de 2 (dois) anos disciplinado no art. 29, n. 1 e 2, da Convenção de Varsóvia é decadencial, não prescricional, e foi superado entre a chegada da carga ao seu destino (12.7.2001) e a distribuição do processo (19.7.2004); (ii) o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende por qualquer motivo – “tampouco por ação de protesto” – conforme disposto no art. 207 do CC/2002; (iii) a “medida cautelar de protesto” não teve o condão de interromper o curso da eventual prescrição, tendo em vista que, “no momento de sua apresentação já havia *actio nata*, ou seja, a Recorrida naquela oportunidade já poderia ter proposto a presente ação de cobrança” (e-STJ fl. 737), presentes todos os requisitos para tal ajuizamento. Sendo desnecessário o protesto (faltando interesse justificado porque “existia *actio nata*”), não produziu efeito interruptivo; (iv) mesmo atribuindo efeitos ao protesto e admitindo que o prazo teria natureza prescricional, a demanda estaria prescrita. É que “o prazo prescricional eventualmente interrompido retoma seu curso a partir da data da distribuição da aludida ação cautelar de protesto interruptivo, nos termos do art. 219, § 1º, e 263 do CPC” (e-STJ fl. 740), não do final do procedimento do protesto. Com isso, a interrupção se deu em 12.7.2002 (distribuição da cautelar do protesto) e a ação de cobrança foi proposta dois dias além do prazo prescricional de 2 (dois) anos, isto é, em 14.7.2004; (v) “viola o art. 26 da Convenção de Varsóvia a condenação da transportadora ao pagamento de mercadorias, por supostas avarias, se estas não foram consignadas pela via adequada, qual seja, a ressalva do destinatário” (e-STJ fl. 750); (vi) “as anotações sobre o estado do pacote, do *container* ou da caixa, **externos**, jamais foram suficientes, na prática do comércio exterior, para ‘substituir’ ou ‘dispensar’ a imediata averiguação das cargas, **internamente**, a ensejar a *ressalva formal* (protesto) prevista tanto na Convenção de Varsóvia (art. 26) quanto no Código Civil (art. 754), pelo *importador (recebedor da carga)*” (e-STJ fl. 750).

II.a – Art. 29, n. 1 e 2, da Convenção de Varsóvia. Prazo prescricional ou decadencial

Encontrar critério objetivo distintivo entre prescrição e decadência sempre foi um desafio para a doutrina e para a jurisprudência, sendo certo que os dois institutos atingem direitos de pessoas físicas e jurídicas.

O professor Orlando Gomes, por exemplo, após ressaltar a dificuldade legal e doutrinária para separar claramente os referidos institutos, distingue-os assim:

Partindo-se do pressuposto de que prescrição visa à ação, enquanto a decadência tem em mira o direito, pode-se distinguir uma da outra, como fazem certos autores, tomando-se em consideração a *origem da ação*. Quando é idêntica à origem do direito, nasce ao mesmo tempo que este. Então, o prazo para exercê-lo, por meio da ação, é *extintivo*. Trata-se, neste caso, de *decadência*. Quando é distinta da origem do direito, nasce posteriormente, e, de modo mais preciso, quando o direito, já existente, é violado por outrem, o qual, por ação ou omissão, cria obstáculo ao seu exercício.

Esse critério é criticado por não oferecer orientação científica para saber-se quando coincidem, na origem, direito e ação. Pode-se encontrá-la, entretanto, nos próprios pressupostos da prescrição. A *actio nata* supõe a violação de um direito atual. Consequentemente, o direito de obter em juízo o reequilíbrio do direito violado nasce, necessariamente, depois deste, cuja preexistência é imperativa. É no momento da violação do direito que nasce a *pretensão*. Quando o direito é desprovido de pretensão, se necessária a seu exercício, surge com ele. No primeiro caso, prescrição, no segundo, decadência.

[...]

Por fim, uma vez que a *decadência* extingue o direito, este, logicamente, jamais poderá ser exercido, seja qual for o modo. A prescrição, no entanto, permite que a pretensão se faça valer por outro modo, nos casos em que o meio judicial proporcionado ao titular do direito visa a facilitar seu exercício (Introdução ao Direito Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp. 558/560).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, por sua vez, estabelecem a separação entre prescrição e decadência assim:

Sob um determinado prisma, é possível afirmar que a prescrição diz respeito aos direitos subjetivos patrimoniais (aqueles que trazem consigo a possibilidade de que o titular exija de alguém um determinado comportamento). Por isso, a prescrição fulmina a *pretensão* de exigir o comportamento economicamente apreciável. Submete-se à prescrição, por exemplo, o crédito. A outro giro, a

decadência concerne aos direitos potestativos, que, por essência, não possuem pretensão, já que não podem ser objeto de violação. A decadência, assim, refere-se àqueles direitos cujo exercício depende, tão somente, do próprio titular, como, e.g. Reclamar vícios redibitórios ou anular um contrato por vício de vontade. Fulmina o próprio direito.

Noutra dimensão, é de ser sublinhado que a prescrição está associada às *ações condenatórias* (nas quais se materializa a pretensão), enquanto a decadência atrela-se às *ações constitutivas* (em que o pedido é caracterizado pelo exercício de um direito cujo exercício dependerá do próprio titular apenas).

Nessa ordem de idéias, enquanto a *decadência*, que se refere ao próprio direito material e cujo prazo “*não se interrompe, nem se suspende, corre indefectivamente contra todos e é fatal, peremptório, termina sempre no dia preestabelecido*”, como ensina Washington de Barros Monteiro, a *prescrição*, que fulmina a pretensão de ver reparada uma lesão a direito subjetivo patrimonial e disponível, pode ser interrompida na forma e para os casos previstos em lei.

Sinteticamente, esclareça-se que os efeitos da decadência e os da prescrição são diversos, pois aquela *faz perecer o próprio direito não afirmado pelo exercício* (direitos potestativos), enquanto esta *perece a pretensão do titular para defender o direito já afirmado*, porém comprometido por importunação alheia (direitos subjetivos patrimoniais).

De maneira bem clara: a prescrição atinge os direitos armados com a pretensão (que são os direitos subjetivos), enquanto a decadência ou caducidade fulmina os direitos sem pretensão (os direitos potestativos) (Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, pp. 779/780).

Por último, cito as lições de Arnaldo Rizzardo acerca da distinção entre os referidos institutos:

Efetivamente, domina no direito brasileiro a teoria alemã da prescrição, que a considera como a perda da ação atribuída a um direito. Já Clóvis assentava o fundamento desse conceito: “Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo. Não é o fato de não se exercer o direito que lhe tira o vigor; nós podemos conservar inativos em nosso patrimônio muitos direitos, por tempo indeterminado. O que o torna inválido é o não uso da sua propriedade defensiva, da ação que o reveste e protege”. Também Antônio de Almeida Oliveira, bem antes do Código Civil de 1916, ressaltava: “A prescrição e o obstáculo pela lei posto à ação proveniente de direitos, que durante certo tempo deixaram de ser exercidos por aqueles a quem pertencem”.

Efetivamente, o que desaparece é a ação para a defesa de determinado direito, em razão da inércia ou omissão de um titular ante violações ou ofensas desse direito, durante um período de tempo previsto para exercitar de defesa. O direito

está acompanhando de medidas para o seu exercício e a proteção. Se a pessoa não faz uso dos meios assegurados, entende-se que houve a desistência, levando os sistemas jurídicos a retirar a faculdade de defesa.

[...]

De modo que a prescrição é do procedimento ou do tipo especial de ação que o diploma contempla, e não do direito ao recebimento do valor ou da indenização. Pode-se concluir que se dirige para a ação, fazendo, normalmente, e não sempre, desaparecer o direito. Isto com exceção ao crédito tributário, em que a prescrição extingue o direito de recebê-lo, como se deduz do art. 156 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25.10.1966): "Extinguem o crédito tributário: ... V – a prescrição e decadência".

Já a decadência diz respeito ao direito, colocando fim a qualquer pretensão para a sua satisfação. Não se tem em vista o tipo de ação ou lide contemplado para a busca do direito. O próprio direito é atingido, porquanto não procurado, sem importar qual o caminho processual eleito. Por afetar o direito, fazendo-o desaparecer, abrange automaticamente a ação, não se encontrando meio algum para ser aquele exercitado. Sintetiza Carlos da Rocha Guimarães: "A prescrição só atinge o direito de ação, referente a direitos já constituídos, ao passo que a decadência atinge os próprios direitos, quando se trata de direitos potestativos" (Parte Geral do Código Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 565/566).

As orientações doutrinárias convergem no sentido de que a prescrição se refere ao direito de defender algum direito material pré-existente mediante a propositura da competente ação, como ocorre no presente caso em que o contratante do transporte aéreo possuía o direito certo de receber sua carga no respectivo destino sem danos, o que foi desrespeitado pela contratada. Esse foi o serviço especificamente pactuado mediante o indispensável pagamento à transportadora. Quanto à decadência, encontra-se vinculada ao próprio direito, cujo exercício depende apenas do titular de tal direito, revelando o caráter potestativo.

A propósito, invoco os escorritos fundamentos adotados pelo em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Relator do REsp n. 1.192.243/SP, *Quarta Turma*, DJe de 23.6.2015, para distinguir a prescrição da decadência:

3. A distinção entre direitos potestativos e subjetivos, como bem assinala Caio Mário da Silva Pereira, muito embora seja de nítida feição acadêmica, mostrou-se fundamental para solucionar um dos mais antigos problemas de direito civil, o da diferença entre *prescrição* e *decadência*.

Assim, a prescrição é a perda da *pretensão* inerente ao direito subjetivo, em razão da passagem do tempo, ao passo que a decadência se revela como o

perecimento do próprio direito potestativo, pelo seu não exercício no prazo predeterminado.

Esse é o antigo magistério de Antônio Luís da Câmara Leal:

Posto que a inércia e o tempo sejam elementos comuns à decadência e à prescrição, diferem, contudo, relativamente ao seu objeto e momento de atuação, por isso que, na decadência, a ineficácia diz respeito ao exercício do direito e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento deste, ao passo que, na prescrição, a inércia diz respeito ao exercício da ação e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento desta, que, em regra, é posterior ao nascimento do direito por ela protegido. (CAMARA LEAL, A. L. da. Da prescrição e da decadência. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 115)

Corolário desse entendimento é o de que os deveres jurídicos que subsumem aos direitos subjetivos são exigidos, ao passo que os direitos potestativos são exercidos (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 565).

Nesse passo, o prazo de prescrição, em essência, começa a correr tão logo nasça a pretensão, a qual tem origem com a violação do direito subjetivo.

Outrossim, o prazo decadencial tem início no momento do nascimento do próprio direito potestativo, que deverá ser exercido em determinado lapso temporal sob pena de perecimento:

Mas, se as ações relativas à determinação do estado das pessoas são imprescritíveis, os direitos patrimoniais, que dele decorrem estão sujeitos à prescrição.

Não importa se o estado de família possa adquirir-se por posse diuturna (nome, fama e tratamento). (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007, p. 401 e 402)

Prescrita a pretensão, remanesce ainda o direito subjetivo desprovido de exigibilidade, como aqueles relacionados às chamadas obrigações naturais.

Destarte, fica evidente a máxima doutrinária, alicerçada sobretudo na teoria trínaria das ações de Chiovenda, segundo a qual as tutelas *condenatórias* (que visam a recompor um direito subjetivo violado, mediante uma prestação do réu) sujeitam-se a prazos *prescricionais*; as tutelas *constitutivas* (positivas ou negativas, que visam à criação, modificação ou extinção de um estado jurídico: anulatória ou revocatória de ato jurídico, por exemplo) sujeitam-se a prazos *decadenciais*; e as tutelas *declaratórias* (v.g., de nulidade) não se sujeitam a prazo prescricional ou decadencial (AMORIM FILHO, Agnelo. *Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In: Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961).

Com efeito, a prescritibilidade é a regra, só havendo falar em imprescritibilidade em hipóteses excepcionalíssimas, como no tocante às ações referentes ao estado das pessoas. Somente alguns direitos subjetivos, observada sua envergadura e especial proteção, não estão sujeitos a prazos prescricionais, como na hipótese de ações declaratórias de nulidades absolutas, pretensões relativas a direitos da personalidade e ao patrimônio público.

Assim, não há falar em imprescritibilidade no caso em exame, pois a lei prevê direito potestativo para anulação da doação, cuidando-se, pois, de decadência.

Esta é a lição de San Tiago Dantas, ressaltando que a decadência visa a punir a inércia:

Em primeiro lugar, porque as prescrições e as decadências visam a punir a inércia de um titular. Alguém tem um direito, mas não o usa; pode cobrar a dívida, mas não a cobra; pode anular o casamento, mas não o anula; quer dizer, a faculdade que a lei põe nas mãos do titular é, então, atingida pela prescrição ou pela decadência, o que os antigos exprimiam num brocardo: jure silentium diuturnum silentium, jugis taciturnitas".

A essa razão acrescenta-se uma outra que é, talvez, a razão fundamental em que se amparam os nossos dois institutos. Esta influência do tempo consumido pelo direito pela inércia do titular serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica que é estabelecer a segurança das relações sociais. Tenho eu o direito de anular o meu matrimônio, mas não o faço. Passam-se anos e anos e a situação jurídica contrária ao meu direito se mantém, sem que eu me abalance a praticar os atos capazes de corrigi-la. Então, para que a insegurança não reine na sociedade, para que nós não estejamos expostos, a cada dia, à discussão de certas situações que o tempo já se incumbiu de consagrar, vem a prescrição considerar desaparecidos todos os defeitos e estender sua anistia sobre os defeitos porventura existentes nas relações entre os indivíduos.

Como se passou muito tempo sem se modificar o atual estado de coisas, não é justo que continuemos a expor as pessoas à insegurança que o nosso direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. Então, a prescrição vem e diz: daqui em diante o inseguro é seguro, quem podia reclamar não o pode mais. De modo que, vêem os senhores, o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: distribuir a justiça - dar a cada um o que é seu - e estabelecer a segurança nas relações sociais - fazer com que o homem possa saber com o quê conta e com o quê não conta. (DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 342-349)

O prazo decadencial, pois, tem início no momento do nascimento do próprio direito potestativo, que deverá ser exercido em determinado lapso temporal, sob pena de perecimento:

A pretensão é própria dos direitos subjetivos, não existindo nos direitos potestativos nem nos direitos que se exercem por meio de ações prejudiciais ou de estado. Nas ações para o exercício de um direito potestativo, o autor não exige prestação alguma do réu, querendo apenas que o juiz modifique, por sentença, a relação jurídica que admite a modificação pretendida, como, por exemplo, a ação do foreiro para resgatar a enfiteuse e converter em propriedade plena a propriedade até então restrita. (GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 99)

Dessarte, penso que, na vigência do Código Civil de 1916 e na do Diploma vigente é de 2 anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação.

No presente caso, a norma do art. 29 do diploma internacional possui a seguinte redação:

Artigo 29

(1) A ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada, ou do dia, em que a aeronave, devia ter chegado a seu destino, ou do da interrupção do transporte.

(2) O prazo será computado de acordo com a lei nacional do tribunal que conhecer da questão.

Sem dúvida, não se está diante de prazo decadencial, mas prescricional relativo ao direito de requerer proteção em demanda proposta com o objetivo de alcançar direito material violado pelo réu. Nesse ponto, eis o que decidiu esta Corte Superior:

Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Prescrição.

O prazo prescricional para a ação de indenização por extravio de mercadoria, em se tratando de transporte aéreo internacional, é de dois anos, conforme previsto no artigo 29 da Convenção de Varsóvia e, não, o do artigo 449, II do Código Comercial (REsp n. 220.564/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ de 6.12.1999).

O recurso, nessa parte, deve ser desprovido.

II.b – Art. 207 do CC/2002. Interrupção do prazo decadencial. Impossibilidade

Sustenta a recorrente que o prazo decadencial não se interrompe. Ocorre que tal alegação se encontra prejudicada, tendo em vista que, conforme destacado no item anterior, não se trata de decadência, mas de prescrição.

II.c – Arts. 219, § 5º, 868, 869 e 871 do CPC/1973 e 202, I e II, do CC/2002

Alega a recorrente, nesse aspecto, que “a medida cautelar de protesto ajuizada pela Recorrida não teve o condão de interromper o curso da prescrição, pois no momento de sua apresentação já havia *actio nata*, ou seja, a Recorrida naquela oportunidade já poderia ter proposto a presente ação de cobrança” (e-STJ fl. 737), tendo sido violados os arts. 219, § 5º, 868, 869 e 871 do CPC/1973 e 202, I e II, do CC/2002, com o seguinte teor, respectivamente:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

[..]

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

Art. 868. Na petição o requerente exporá os fatos e os fundamentos do protestos.

Art. 869. O juiz indeferirá o pedido, quando o requerente não houver demonstrado legítimo interesse e o protesto, dando causa a dúvidas e incertezas, possa impedir a formação de contrato ou a realização de negócio lícito.

Art. 871. O protesto ou interpelação não admite defesa nem contraprotesto nos autos; mas o requerido pode contraprotestar em processo distinto.

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-à:

I – por despacho do juiz mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II – por protesto, nas condições do inciso antecedente;

O Tribunal de origem, acerca do tema, fundamentou o seu entendimento assim:

Rejeita-se ainda a tese de ineficácia da notificação, tendo em vista a possibilidade de imediata propositura da demanda. *Os motivos pelos quais a tutela provisória era necessária foram deduzidos pela autora e não se tornaram controvertido. Inadmissível afastá-los nesta sede* (e-STJ fl. 682).

Claramente a Corte local, a título de motivação, afirmou que as causas para protesto foram deduzidas na respectiva peça e nos autos específicos, não foram objeto de controvérsia e não poderiam ser afastadas nesta ação ordinária.

A questão, portanto, para uma eventual reforma do acórdão recorrido, é saber se, deferido o protesto pelo magistrado, nos autos próprios – por estarem presentes os requisitos legais necessários –, poderia o Juiz da ação ordinária rever tais requisitos para efeito de considerar ausente o interesse para o protesto e para concluir, conseqüentemente, que o referido ato judicial não teria acarretado a interrupção da prescrição para a demanda indenizatória.

Os dispositivos elencados no recurso especial como violados e reproduzidos acima, entretanto, não cuidam da possibilidade de desconstituir, neste processo, os motivos do protesto, acolhidos pelo Juiz competente, sendo, portanto, impertinentes para reforma o acórdão recorrido quanto a essa fundamentação. A propósito, conduzem, na verdade, a entendimento em sentido contrário, ou seja, o juiz, nos autos do protesto, é que poderá indeferir-los quando ausente legítimo interesse, e o requerido poderá apresentar contraprotesto em processo específico para tal fim, desse modo:

(i) o art. 219, § 5º, do CPC/1973 apenas estabelece que a citação válida interrompe a prescrição e que o “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”, sem aventar a possibilidade de o magistrado da ação principal retirar a força interruptiva do protesto efetuado mediante decisão positiva e fundamentada de juiz que atuou, especificamente, no processo cautelar;

(ii) os arts. 868, 869 e 871 do CPC/1973 tão somente disciplinam os requisitos do protesto a serem apreciados no âmbito do respectivo procedimento cautelar;

(iii) por fim, o art. 202, inciso I c/c inciso II, do CC/2002 nem mesmo se aplica ao presente caso tendo em vista que os fatos da demanda ocorreram na vigência do CC/1916. Além disso, dispõe somente que a interrupção da prescrição pelo protesto se dará pelo “despacho do juiz” que ordenar a “citação” (notificação ou intimação) do requerido nos autos da cautelar, devendo o interessado promovê-la “no prazo e na forma da lei processual”. Com efeito, tal dispositivo não dispõe acerca da possibilidade de o juiz da ação ordinária enfrentar novamente os requisitos do protesto judicial realizado anteriormente mediante deferimento por decisão do magistrado então competente.

Diante dos argumentos acima, fica afastada a alegada contrariedade aos arts. 219, § 5º, 868, 869 e 871 do CPC/1973 e 202, I e II, do CC/2002.

II.d – Arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973 e 202, parágrafo único, do CC/2002

O TJSP asseverou que, “ainda que se pudesse invocar, por analogia, o disposto no art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil, enquanto não efetivada

a comunicação e concluído o processo de notificação judicial, a interrupção perdurou. Nessa linha, mesmo que admitido o efeito retroativo da interrupção para a data do ajuizamento da cautelar, o prazo não recomeçou a correr a partir dessa data. Deve ser considerado como termo *a quo* do reinício da contagem o dia em que concluído o processo antecedente” (e-STJ fl. 682).

No acórdão que rejeitou os embargos de declaração, o Tribunal de origem acrescentou em sua fundamentação o seguinte:

2. Decidiu-se no acórdão que a interrupção do prazo prescricional perdurou até a conclusão do processo de notificação judicial, ou seja, atendeu ao disposto na parte final do art. 173 do Código Civil (e-STJ fl. 728).

No acórdão dos aclaratórios, portanto, foi indicado o fundamento para que a interrupção do prazo prescricional fosse mantida até o final da cautelar de protesto. Invocou a parte final do art. 173 do CC/1916, que assim dispõe:

Art. 173. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do *ato* que a interrompeu, *ou do último do processo para a interromper*. (Grifei.)

A recorrente, por sua vez, afirmou terem sido ofendidos os seguintes dispositivos do CPC/1973 e do CC/2002:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

[...]

Parágrafo único. *A prescrição interrompida recomeça a ocorrer da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.*

Argumenta que, diante dos dispositivos mencionados, “o *dies a quo* a partir do qual deve ser contada a prescrição, nos casos em que sua ‘interrupção’ se dá mediante ajuizamento de *protesto*, não é o dia ‘do último ato praticado no

protesto, como mencionado no v. acórdão recorrido, mas sim o *dia do protocolo* (data da distribuição da notificação judicial/protesto), consoante os julgados deste Colendo Tribunal” (e-STJ fl. 741). No presente caso, “a interrupção da prescrição deu-se em 12 de julho de 2002, dia em que foi *distribuída* a cautelar de protesto (fls. 108). A presente demanda de cobrança, todavia, foi proposta em 14 de julho de 2004 (fls. 02), dois dias *após* escoado o prazo prescricional” (e-STJ fls. 742/743).

Inicialmente, os arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973, conforme se pode verificar na transcrição acima, dizem respeito, apenas, ao momento inicial da interrupção, não cuidando do seu período de duração, isto é, se o prazo prescricional volta a correr no dia seguinte ao da prática do respectivo ato ou se permanece interrompido até o final da cautelar de protesto.

Quanto ao art. 202, parágrafo único, do CC/2002, embora discipline o tema pertinente ao período de interrupção do prazo prescricional, não se aplica ao presente caso. Observe-se que a cautelar de protesto foi autuada e distribuída em 15.7.2002 (e-STJ fl. 111), o Juiz deferiu a notificação respectiva em 18.7.2002 (e-STJ fl. 130), o mandado de notificação foi cumprido em 8.8.2002 (e-STJ fl. 139), e o despacho liberando o processo para ser entregue ao requerente foi publicado em 23.8.2002 (e-STJ fls. 140/141). Com efeito, qualquer que seja o ato processual a ser considerado, a interrupção do prazo se deu na vigência do sistema legal disciplinado no CC/1916. Por isso é que o Tribunal de origem invocou, tão somente, o art. 173 do referido diploma, nem mesmo enfrentado expressamente pela recorrente.

Em tal contexto, o art. 202, parágrafo único, do CC/2002 revela-se impertinente para buscar a reforma do acórdão recorrido, sendo irrelevante o fato de tal norma legal corresponder, com alguns ajustes, ao art. 173 do CC/1916. A propósito, esta *Quarta Turma*, por maioria, adotou tal orientação no julgamento do REsp n. 903.849/RN, ocorrido em 27.9.2016, DJe 24.11.2016, no qual fui designado Relator para lavrar o acórdão. Confira-se a ementa do referido precedente:

Civil e Processual Civil. Ação declaratória de nulidade. Contrato de assunção de dívida e nota promissória a ele vinculada. Importância decorrente da inadimplência em contrato anterior de *factoring*. Recurso especial não conhecido.

[...]

2. Quanto à alínea ‘a’ do permissivo constitucional, destaco que a recorrente indicou como violado apenas o art. 166, II, primeira parte, do CC/2002, que não

se aplica ao presente caso, porque o contrato a ser anulado foi celebrado na vigência do CC/1916. Retroatividade vedada nos termos do art. 2.035 do CC/2002. Precedentes.

3. O fato de existir no CC/1916 (*cf.* art. 145, II, primeira parte) dispositivo semelhante ao art. 166, II, primeira parte, do CC/2002 não permite conhecer do recurso. Por se tratar de dever da parte mencionar as normas federais violadas, é vedado a este colegiado indicar a norma correta em substituição àquela mencionado pela recorrente, sob pena de ferir, também, o princípio processual da isonomia, disciplinado nos arts. 125, I, do CPC/1973 e 139, I, do CPC/2015. Caso em que não se está diante de mero equívoco material sanável.

[...]

5. Recurso especial não conhecido.

Os precedentes colacionados pela recorrente também não viabilizam a passagem do recurso especial nessa parte. O REsp n. 52.607/DF, Rel. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, *Primeira Turma*, DJ de 26.9.1994, e os EREsp n. 108.866/DF, Rel. Ministro *Garcia Vieira*, *Primeira Seção*, DJ de 8.6.1998, referem-se à interrupção do prazo prescricional na seara tributária à luz dos arts. 173 e 174 do CTN. O REsp n. 97.147/RJ, Rel. Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira* por sua vez, enfrenta exclusivamente a questão pertinente à eventual necessidade de o autor da ação requerer a prorrogação do prazo de citação para ensejar o efeito interruptivo da prescrição. Portanto, tais paradigmas não guardam a necessária semelhança fático-jurídica com o presente processo.

Entendo, por tudo isso, que não ocorreu violação dos arts. 219, § 1º, e 263 do CPC/1973 e 202, parágrafo único, do CC/2002, além de não estar configurado o dissídio jurisprudencial.

II.e – Art. 26 da Convenção de Varsóvia

Alega a recorrente que “as mercadorias transportadas pela ora Recorrente foram desembarcadas no Aeroporto de Viracopos em julho de 2001, tendo sido **recebida** pelos representantes da empresa Columbia, segurada da Recorrida Unibanco AIG Seguros, **sem qualquer ressalva imediata com relação à sua integridade**” (e-STJ fl. 749). Acrescenta que “o v. Acórdão considerou que as mercadorias estavam avariadas com base em um documento que não se trata da ressalva do destinatário, qual seja, o chamado ‘SISCOMEX-MANTRA’ (Manifesto de Trânsito Aduaneiro), que é alimentado diretamente pela INFRAERO, empresa que tem **interesse direto** em exonerar-se da

responsabilidade pelos prejuízos aqui cobrados, pois estes foram detectados quando as cargas se encontravam *sob sua guarda*. As menções contidas no MANTRA, ademais, são as de praxe, e se referem ao *aspecto externo* das caixas nas quais as mercadorias estavam acondicionadas, que, obviamente, sempre estão sujeitas a ‘amassados’ (até para cumprir a sua função, que é proteger adequadamente as mercadorias dos naturais percalços do transporte, sujeitos ao trânsito aduaneiro)” (e-STJ fl. 750). Destaca “o fato de que as anotações sobre o estado do pacote, do *container* ou da caixa, *externos*, jamais foram suficientes, na prática do comércio exterior, para ‘substituir’ ou ‘dispensar’ a imediata averiguação das cargas, *internamente*, a enseja a *ressalva formal* (protesto) prevista tanto na Convenção de Varsóvia (art. 26) quanto no Código Civil (art. 754), pelo *importador (recebedor da carga)*” (e-STJ fl. 750). Diz que “prova indiciária” não prevalece no caso de ausência de ressalva do destinatário. Afirma, então, contrariedade ao art. 26, 1, da Convenção de Varsóvia, com o seguinte teor:

(1) Salvo prova em contrário, presumem-se entregues em bom estado, e de conformidade com o documento de transporte, as mercadorias e bagagens que o destinatário haja recebido sem protesto.

O referido dispositivo disciplina, claramente, presunção relativa, permitindo prova em contrário no caso de o recebimento da mercadoria ocorrer sem ressalva. Por outro lado, não especifica quais serão as provas válidas, admitindo-se, em tal circunstância, amplo suporte probatório.

Ocorre que, acerca do tema, o Tribunal de origem afastou a presunção disciplinada no art. 26 da Convenção de Varsóvia considerando incontroversas as avarias, constatadas no dia seguinte ao desembarque, confirmadas por vistoria posterior e aceitas pela própria transportadora, estando o acórdão recorrido, que julgou as apelações das rés, assim fundamentado:

4. A existência do contrato de transporte e as avarias na mercadoria são fatos *incontroversos*. Nessa medida, irrelevante a ausência de autenticação e tradução dos documentos representativos dessa relação jurídica.

Os problemas que tornaram a mercadoria totalmente imprópria para uso foram constatados no dia seguinte ao do desembarque e confirmados posteriormente, por vistoria aduaneira, conclusão aceita pela transportadora (fls. 85/86).

Dúvida não há, portanto, quanto à danificação da mercadoria importada. Resta saber quem e o responsável pelos danos.

Para a apelada, o problema ocorreu durante o armazenamento, com o que concorda a transportadora, que ressaltou a entrega em perfeitas condições, que ressaltou a entrega em perfeitas condições (fls. 86).

Destaca-se que eventual mau acondicionamento do produto pelo exportador não exime a responsabilidade das apelantes, que o receberam sem qualquer ressalva. Caso houvesse alguma irregularidade, a transportadora e a depositária não deveriam ter aceitado a carga. Se o fizeram é porque nada existia.

Importante enfatizar, todavia, a ausência de qualquer anotação quanto ao estado da mercadoria por ocasião da entrega pelo transportador e recebimento pelo representante da co-apelante Bax Global. Ele próprio, aliás, como já observado, reconheceu ter a avaria ocorrido depois de concluído o transporte.

A apelada aponta, porém, observação feita pela depositária, quanto ao estado em que a mercadoria foi entregue pela transportadora (fls. 348, 352 e 532).

De fato, não obstante as alegações das apelantes, o documento de fls. 83 revela a existência de avarias. Intimada a indicar a fonte da informação e demonstrar o significado dos códigos, a apelada prestou os devidos esclarecimentos (fls. 553/558), não impugnados pelas litisconsortes passivas.

A prova documental permite concluir, portanto, pela responsabilidade da transportadora. Ao que tudo indica, há nexos entre o transporte e os danos (e-STJ fls. 684/684 – grifei).

Desfeita a presunção relativa prevista no dispositivo, a reforma do acórdão recorrido, nesse ponto, esbarra na vedação contida na Súmula n. 7 do STJ, que impede o simples reexame de provas na instância especial.

Quanto ao mencionado art. 754 do CC/2002, que não possui correspondente no CC/1916, além de não prevalecer sobre a norma especial da Convenção de Varsóvia (art. 26), não se aplica ao presente caso, tendo em vista que os fatos ocorreram na vigência do Código anterior, conforme anotado anteriormente, ao longo deste voto.

Para encerrar, o precedente citado no recurso especial vinculado a esse tema (REsp n. 198.811/SP, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, *Terceira Turma*, DJ de 16.12.2002), por cuidar de indenização decorrente de extravio de mercadorias durante transporte marítimo, não de transporte aéreo internacional, regido pela Convenção de Varsóvia, não guarda semelhança com este processo.

Ante o exposto, *conheço em parte* dos recursos especiais interpostos por *Unibanco AIG Seguros S.A.* e por *United Parcel Service Co.*, mas *nego-lhes provimento*.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Senhora Presidente, também quero cumprimentar o Doutor Paulo Henrique Cremoneze Pacheco, pela qualidade da sustentação produzida, e o eminente Relator, pelo voto profundo que nos traz analisando o caso. Entendo que seria de muita relevância, na hipótese, o afastamento da tarifação prevista em lei específica, à luz de dispositivos constitucionais, mesmo na vigência do Código Civil de 1916, mas já sob influência da Constituição 1988. Isso poderia efetivamente afastar a limitação tarifária da indenização pretendida pelo Unibanco AIG Seguros S/A, mas demandaria que também o recurso extraordinário tivesse sido paralelamente agitado com este recurso especial, o que não se deu, como esclarece o eminente Relator em seu primoroso voto. Diante disso, fica comprometido um ponto que seria crucial à pretensão do recorrente, Unibanco AIG Seguros S/A.

Acompanho o voto do eminente Relator nesses termos.

RECURSO ESPECIAL N. 1.217.166-MA (2010/0175173-1)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Raimunda de Sousa Ribeiro

Advogado: Francisco Gomes de Moraes e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil. Registros públicos. Retificação de registro civil. Prenome utilizado pela requerente desde criança no meio social em que vive diverso daquele constante do registro de nascimento. Posse prolongada do nome. Conhecimento público e notório. Substituição. Possibilidade. Recurso provido.

Hipótese: Trata-se de ação de retificação de registro civil de nascimento, pela qual a autora pretende a alteração de seu prenome (Raimunda), ao argumento de que é conhecida por Danielle desde criança e a divergência entre o nome pelo qual é tratada daquele que consta do seu registro tem lhe causado constrangimentos.

1. O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro.
2. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado: *a)* no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família; ou *b)* ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público.
3. Caso concreto no qual se identifica justo motivo no pleito da recorrente de alteração do prenome, pois é conhecida no meio social em que vive, desde criança, por nome diverso daquele constante do registro de nascimento, circunstância que tem lhe causado constrangimentos.
4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo conhecendo parcialmente do recurso especial e, nesta parte, dando-lhe parcial provimento, divergindo em parte do relator, e os votos do Ministro Luis Felipe Salomão, da Ministra Maria Isabel Gallotti e do Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando o relator, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator.

Vencido, em parte, o Ministro Raul Araújo. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti (Presidente) e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 24.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por Raimunda de Sousa Ribeiro, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea

“a”, da Constituição Federal, contra decisão proferida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Na origem, a ora recorrente propôs ação de alteração de registro civil de nascimento, deduzindo que embora seu nome de registro seja Raimunda, desde criança é chamada de Danielle, nome pelo qual atende e é conhecida no seio da família e da comunidade em que vive.

Na inicial, narrou a autora que essa situação vem lhe causando embaraços e vexames no seu dia a dia, por gerar desconfiança às pessoas que não lhe conhecem, até mesmo sendo suspeita de artifícios. Aduziu, ainda, que quando vai tratar de assuntos em órgãos e locais públicos, ao apresentar seus documentos, constando nome divergente do qual é chamada e conhecida por todos, causa dúvida às pessoas que estão lhe atendendo a respeito de sua verdadeira identidade.

Pleiteou, assim, a procedência do pedido para substituir seu prenome de Raimunda por Danielle, oficiando-se ao Cartório de Ofícios Únicos de Catanhede - MA, para que proceda a retificação no assento de nascimento da requerente.

Em sentença (fls. 120-124, e-STJ), o magistrado singular julgou improcedente o pedido, por entender que a autora não observou o prazo legal para ingressar em juízo e não fez provas dos constrangimentos alegados.

Em sede de recurso de apelação (fls. 127-136, e-STJ), a autora alegou a suficiência de provas nos autos - testemunhas e documentos - que comprovam suas alegações e pleiteou a procedência do pedido.

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, mantendo a decisão de primeira instância, nos termos da seguinte ementa (fl. 185, e-STJ):

Direito Civil. Retificação de registro civil. Alteração de prenome. Exposição do usuário a embaraços e situações vexatórias. Não comprovação em juízo. Não configuração. Improvimento.

I - Em se tratando de prenome assentado em registro civil, inexistindo justo motivo e comprovação em juízo para a alteração, há que ser indeferida a retificação;

II - Apelação não provida.

Inconformada, a acionante interpôs recurso especial (fls. 204-212, e-STJ), no qual aponta, além da divergência jurisprudencial, violação ao disposto nos artigos 16 e 19 do Código Civil e aos artigos 57 e 58 da Lei n. 6.015/1973.

Sustenta, em síntese, que o fato de ser conhecida desde criança por um nome diferente daquele que consta do seu registro de nascimento, por si só, caracteriza uma situação constrangedora. Aduz, ainda, admitir-se o pedido judicial de alteração de nome, após a oitiva do Ministério Público, posteriormente ao prazo de um ano da maioridade.

Pleiteia o provimento do recurso para reformar a decisão impugnada e determinar a alteração do seu prenome de Raimunda por Danielle, nos termos formulados na inicial.

Contrarrazões às fls. 223-227, e-STJ.

Admitido o recurso na origem (fls. 230-231, e-STJ), ascenderam os autos a esta Corte.

Parecer do Ministério Público Federal acostado às fls. 244-252, e-STJ, opinando pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): A pretensão da recorrente merece prosperar.

1. A controvérsia cinge-se em verificar a possibilidade de alteração do prenome da insurgente, que aduz sofrer constrangimentos em razão da divergência entre o nome pelo qual é conhecida - desde tenra idade - no meio social onde vive (Danielle) e aquele constante do registro civil de nascimento (Raimunda), sobretudo pelo fato de a ação ter sido proposta quando já contava com 22 (vinte e dois) anos de idade.

Em síntese, pretende a substituição do prenome de Raimunda por Danielle, conforme denota-se da inicial (fls. 1-6, e-STJ).

O Tribunal de piso, mantendo a sentença de primeiro grau, por maioria, julgou improcedente o pedido, sob os seguintes fundamentos: *a)* não preenchimento dos requisitos legais, visto que a ação fora proposta quando a autora possuía 22 anos de idade; *b)* inexistência de prova de dissabores ou situações vexatórias que teria sido submetida.

Com efeito, a norma do artigo 56 da Lei n. 6.015/1973 permite ao interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, alterar seu nome, desde que preserve os apelidos de família, a saber:

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

A exigência do requisito temporal - *primeiro ano após ter atingido a maioridade civil* - contida no referido dispositivo, refere-se à hipótese de o pleito de retificação ser formulado diretamente ao oficial de registro civil, independentemente de pedido judicial.

Tanto é verdade, que a própria lei de registros públicos, no artigo 57, determina a possibilidade de alteração do nome mesmo após o primeiro ano da maioridade, de maneira excepcional e por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público. O aludido preceito legal, em complemento à regra imposta pelo artigo 56 da Lei em comento, encontra-se assim redigido:

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

Esta Corte Superior, com amparo na orientação doutrinária acerca do tema, tem adotado posicionamento mais flexível acerca da imutabilidade ou definitividade do nome civil, especialmente nas hipóteses em que se alega justo motivo, que deve ser aferido caso a caso. Ademais, “O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro.” (REsp 1.304.718/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 05.02.2015).

Essa flexibilização se justifica, pelo próprio papel que o nome desempenha na formação da personalidade da pessoa.

Esclarece Marcelo Rodrigues, na segunda edição atualizada da obra *Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial*: “Existindo desencontro entre o registro e a vida, o que não raro acontece e desde que não se vislumbre fraude - que não pode ser presumida -, que prevaleça a vida.” (São Paulo: Atlas, 2016. p. 98).

Esse é exatamente o caso dos autos, no qual evidencia-se o *desencontro entre “o registro” e “a vida”*, em decorrência da posse prolongada do prenome da requerente - Danielle, circunstância esta a justificar a alteração ora pretendida.

Neste ponto, transcreve-se trecho do voto-vencido proferido no julgamento do recurso de apelação:

Ademais, o nome integra a personalidade e indica a procedência do seu titular, tendo, por isso, proteção legal nos artigos 16 e 19 do Código Civil e na Lei n. 6.015/1973.

Ora, se está comprovado pelos depoimentos testemunhais (fls. 89/90) que a requerente é conhecida, em toda a comunidade em que vive, por “Danielle” não há porque a lei cercear um direito inerente ao ser humano, o de sua individualização e identificação. Além disso, o nome acompanha o ser humano em todos os atos da sua vida, não se mostrando coerente que a requerente sofra com situações que considera constrangedoras. [...]

Ressalta-se que os sentimentos são subjetivos, não cabendo à justiça julgar se o nome é ou não feio e se deve ou não causar constangimento a requerente. O que cabe ao julgador é avaliar se os elementos exigidos pela lei, que possibilitam a alteração, estão presentes.

No caso em tela, vê-se que a autora não postula grande modificação em seu nome (lato sensu), apenas requerer a retirada do prenome, *que lhe causa desconforto desde criança no meio em que vive, sendo mantido o sobrenome de família.* (fls. 193-194, e-STJ) [grifou-se]

Conforme consignado no referido voto: “está comprovado pelos depoimentos testemunhais (fls. 89/90) que a requerente é conhecida, em toda a comunidade em que vive, por “Danielle” [...]”.

Tal circunstância, inclusive, fora corroborada no acórdão ora recorrido, que assim dispôs: “*a despeito de confirmado nos depoimentos prestados em juízo, às fls. 89/90, que a apelante é conhecida no seio familiar como Danielle, [...]*”. (fl. 189, e-STJ) [grifou-se]

Vale dizer, concluiu expressamente o órgão julgador que a autora/recorrente *é conhecida na comunidade em que vive e no âmbito familiar por Danielle*, nos termos aduzidos na inicial.

Ademais, deve-se levar em conta, em razão do caráter de subjetivismo que envolve o tema, em certos casos, embora o prenome não pareça potencialmente vexatório, na peculiar situação experimentada pelo indivíduo, pode ser que lhe afete intimamente e cause constrangimentos. Por isso, caso a caso, merece ser avaliado de acordo com as suas especificidades.

A hipótese dos autos, frisa-se, consiste no pedido de alteração de prenome em razão da posse prolongada e conhecimento público/notório de nome

diferente do registro civil. Em situação análoga, *coincidentemente envolvendo nome idêntico ao da ora recorrente – Raimunda* -, a egrégia Terceira Turma desta Corte Superior, por unanimidade, no *Recurso Especial n. 538.187/RJ*, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, deu provimento ao reclamo para “[...] julgar procedente o pedido formulado pela recorrente, determinando assim a alteração de seu nome civil de “Maria **Raimunda** Ferreira Ribeiro” para “Maria **Isabela** Ferreira Ribeiro”.

No acórdão do referido julgado, restou assim consignado:

(ii) há muito a recorrente é conhecida apelido em razão dos constrangimentos sofridos. no seio familiar, social e profissional como Maria *Isabela*, pois decidiu adotar tal apelido em razão dos constrangimentos sofridos.

Tais alegações foram devidamente comprovadas nos autos. À fl. 21 consta o depoimento de duas testemunhas que conhecem a requerente há tempo. Ambas afirmaram em seus depoimentos conhecer a recorrente pelo prenome *Maria Isabela*, e declararam não ter conhecimento de que ela realmente se chamava *Maria Raimunda*. [...]

Há de se assinalar, portanto, que a recorrente não pugna pela alteração de seu prenome por mero capricho pessoal.

Os motivos que apresenta para tanto são bastantes para se proceder à alteração requerida, pois além do constrangimento pessoal que sofre em razão do nome *Maria Raimunda*, é conhecida em seu meio social como *Maria Isabela*. [...] (REsp 538.187/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 21.02.2005, p. 170) [grifou-se]

Como se vê, em situação similar a destes autos, a egrégia Terceira Turma desta Corte, reformou as decisões das instâncias ordinárias, para assegurar à interessada a alteração do seu prenome (Maria Raimunda), mantendo os apelidos de família, para constar do seu registro de nascimento o nome pelo qual é conhecida em seu meio social (Maria Isabela).

É exatamente o que pretende a recorrente, vale dizer, substituir o prenome *Raimunda* por *Danielle*, em seu registro de nascimento, *com a manutenção do nome de família*, pelo fato de ser assim conhecida desde criança no meio em que vive, inclusive pelos seus familiares.

As razões que a autora/recorrente apresenta para a pretensa alteração do nome são suficientes para o deferimento do pedido, pois a despeito de ter sofrido constrangimentos ou vexames, *restou demonstrado que é conhecida por*

toda a comunidade em que vive como Danielle, desde a sua infância, conforme consignado pelas instâncias ordinárias às fls. 89-90, 189, 193-194, e-STJ.

Há de se assinalar que o ordenamento jurídico, além das corriqueiras hipóteses de alteração de nome – tais como: *exposição ao ridículo, apelido público, adoção, entre outras* – tem admitido a *alteração do prenome quando demonstrada a posse prolongada pelo interessado de nome diferente daquele constante do registro civil de nascimento*, desde que ausentes quaisquer vícios ou intenção fraudulenta.

Nesse sentido, transcreve-se trecho da obra *Direito ao Nome da Pessoa Física*:

O que não se permite é qualquer alteração ou mudança por simples capricho ou malícia.

Deve-se respeitar a vontade do indivíduo e sua integração social, quando comprovada a posse prolongada de determinado prenome, aliás como salienta Serpa Lopes:

No que se tange à aquisição do nome pela posse prolongada, o grande problema está em conciliar esse fato aquisitivo com a condição de imutabilidade que pesa sobre o nome. A jurisprudência tem admitido essa forma de aquisição, porém tendo em vista uma condição – posse longa – unida à ausência de qualquer vício ou intenção fraudulenta, como no caso do silêncio de um século.

(AMORIM, José Roberto Neves e Vanda Lúcia Cintra. *Direito ao Nome da Pessoa Física*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 78-79) [grifou-se]

Acerca do assunto, destaca Marcelo Rodrigues:

O prenome é retrato sônico e vale da forma pela qual o indivíduo é conhecido no meio social. [...]

Não por acaso, há bem mais tempo era formatada a jurisprudência predominante, admitindo, por exemplo, a alteração para fazer constar do registro o verdadeiro nome pelo qual a pessoa é conhecida no meio em que vive, embora diferente do que consta do assentamento [...]. (RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de Registros Públicos e de Direito Notarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 98) [grifou-se]

Nos casos em que não se vislumbra vício ou intenção fraudulenta, orienta a doutrina que a posse prolongada do prenome é suficiente para justificar a alteração do registro civil de nascimento, visto que faz valer o direito da personalidade do indivíduo e reflete sua vontade e integração social.

Nesse sentido, com fundamento na posse prolongada do prenome, a jurisprudência deste Tribunal Superior admitiu a alteração de nome em situações análogas a dos autos, a saber:

Civil. Exclusão de um dos prenomes. Hipótese em que a alteração se justifica. Recurso especial não conhecido. (REsp 213.682/GO, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 05.09.2002, DJ 02.12.2002, p. 305)

[Francisca de Fátima Oliveira, permitiu-se a supressão do prenome "Francisca" do nome da requerente, ao fundamento de ser ela conhecida há tempo como "Fátima", prenome pelo qual se apresenta]

Registro público. Nome. Alteração. Possibilidade. Motivos justificáveis. Permissão legal.

I - Para se conhecer do recurso especial, pela letra "c" do permissivo constitucional, é imperioso que a base fática do acórdão recorrido se identifique com aquela na qual se basearam os paradigmas.

II - A alteração do nome encontra amparo legal, desde que ocorram motivos suficientes para tanto, devidamente acolhidos pelo judiciário.

III - *In casu*, justifica-se a alteração do nome dos requerentes, diante dos relevantes motivos sociais e familiares invocados. Não teria sentido, agora, já idosos, serem os autores obrigados a alterar toda a sua documentação, bem como todos os assentos de nascimento dos filhos e dos prováveis netos. Isso, sim, implicaria, realmente, em mudança de nome. Recurso especial a que se nega conhecimento, ressalvado o entendimento do relator, no tocante à terminologia. (REsp 146.558/PR, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 19.11.2002, DJ 24.02.2003, p. 221) [permitiu-se a alteração de João Luiz Ribeiro e Ana da Conceição Ribeiro para João Ribeiro Mira e Ana Carlos Vieira]

Observa-se que tem prevalecido - na doutrina e na jurisprudência - o entendimento de que é válido o nome efetivamente utilizado pela pessoa, quando demonstrada a utilização prolongada pelo interessado, em detrimento daquele constante do registro civil de nascimento, visto que o nome é a marca distintiva da personalidade.

Em razão disso, situações como a dos autos exigem seja eliminada a inconsistência havida entre o prenome registrado e o usado no meio social.

Por isso, casos em que o nome constante do registro diverge daquele utilizado pelo indivíduo e tal circunstância venha obstar a sua própria identificação no meio social, resta indubitável a possibilidade e necessidade de retificação do registro civil.

2. Do exposto, *dá-se provimento* ao recurso especial, para julgar procedente o pedido formulado pela recorrente, determinando-se a alteração de seu prenome de “*Raimunda*” para “*Danielle*”, mantendo-se o nome de família.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto por *Raimunda de Sousa Ribeiro*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, assim ementado:

Direito Civil. Retificação de registro civil. Alteração de prenome. Exposição do usuário a embaraços e situações vexatórias. Não comprovação em juízo. Não configuração. Improvimento.

I - Em se tratando de prenome assentado em registro civil, inexistindo justo motivo e comprovação em juízo para a alteração, há que ser indeferida a retificação;

II - Apelação não provida. (fl. 185)

Nas razões do apelo nobre, a recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 16 e 19 do Código Civil e aos arts. 57 e 58 da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), sustentando, em resumo, ser possível e devida a alteração de seu registro civil, pois desde criança é conhecida no meio familiar e social que convive por prenome distinto (*Danielle*) daquele que consta do seu assentamento civil (*Raimunda*), o que “é por si só, uma situação constrangedora” (na fl. 209).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso, em parecer de fls. 244/252.

O eminente Ministro *Marco Buzzi*, relator do feito, dá provimento ao recurso especial “para julgar procedente o pedido formulado pela recorrente, determinando-se a alteração de seu prenome de ‘*Raimunda*’ para ‘*Danielle*’, mantendo-se o nome de família”.

Diante da qualidade do voto apresentado por S. Exa., pedi vista dos autos para uma melhor capacitação acerca da controvérsia.

O cerne da questão em debate, como já brevemente relatado, cinge-se à possibilidade de alteração de registro civil por requerente que aduz ser

reconhecida desde tenra idade por prenome distinto daquele averbado no cartório de registro civil na ocasião do seu nascimento.

Na exordial da “ação de alteração de registro civil de nascimento”, a recorrente afirma que “houve divergência entre seus genitores quanto à escolha do nome que lhe seria dado. O pai, Sr. Daniel, em sua própria homenagem, optou por dar à filha o nome de Danielle, enquanto a mãe, Sra. Neuci, escolheu o nome de Raimunda em homenagem à avó materna da Requerente, que se chama Raimunda Guimarães de Sousa. Ao final prevaleceu a vontade da mãe e a Requerente foi batizada e registrada com o nome de Raimunda de Souza Ribeiro” (nas fls. 1/2).

Prossegue aduzindo que, “em decorrência dessa divergência instaurada entre seus genitores, a Requerente, apesar de registrada como Raimunda, desde criança é chamada de Danielle, nome pelo qual atende e é conhecida no seio da família, perante a vizinhança, no colégio, enfim, na comunidade, com as pessoas com as quais se relaciona” (na fl. 2).

Assevera, assim, que tal situação lhe vem causando embaraços e vexames, em decorrência da desconfiança que gera em pessoas que não conhecem o seu verdadeiro nome, “suscitando dúvidas a respeito de sua verdadeira identidade”.

Ressalta, nessa toada, que “não é o nome constante do registro da Requerente, em si, que lhe está trazendo constrangimento, mas sim o fato de ser registrada com um nome e conhecida por outro. Destarte, a pretensão da requerente em mudar seu prenome não é, simplesmente, para satisfação de interesses pessoais, no entanto, ao ser registrada, se pudesse ter escolhido o seu nome, seria Danielle, que é o preferido de seus familiares, com exceção apenas de sua mãe” (na fl. 2).

O pedido foi julgado improcedente pelo d. magistrado de primeiro grau, porquanto decorrido o prazo legal para a postulação em juízo (até o fim do primeiro ano após a maioridade civil), bem como pela ausência de provas dos constrangimentos alegados.

O eg. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por sua vez, no julgamento da apelação, manteve, por maioria, a r. sentença, fundamentalmente por “inexistirem provas consistentes nos autos de quaisquer dissabores ou situações vexatórias, a que supostamente teria sido submetida a recorrente, aptos a ensejar-lhe o reconhecimento do direito pleiteado em juízo. Isso porque, a apelante, em nenhum momento comprova ter o seu prenome, Raimunda, causado constrangimento ou mesmo à pessoa de sua família” (na fl. 189).

O eminente Ministro Relator *Marco Buzzi* dá provimento ao recurso especial, invocando, para tanto, entendimento firmado em precedentes desta Corte, no sentido de que o princípio da imutabilidade do nome não é absoluto, comportando certa flexibilização nas hipóteses em que presente justo motivo. Nas razões do voto de Sua Exa., extrai-se a seguinte fundamentação, *verbis*:

Essa flexibilização se justifica, pelo próprio papel que o nome desempenha na formação da personalidade da pessoa.

Esclarece Marcelo Rodrigues, na segunda edição atualizada da obra *Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial*: “Existindo desencontro entre o registro e a vida, o que não raro acontece e desde que não se vislumbre fraude - que não pode ser presumida -, que prevaleça a vida.” (São Paulo: Atlas, 2016. p. 98).

Esse é exatamente o caso dos autos, no qual evidencia-se o *desencontro entre o “registro” e “a vida”*, em decorrência da posse prolongada do prenome da requerente - Danielle, circunstância esta a justificar a alteração ora pretendida.

Neste ponto, transcreve-se trecho do voto-vencido proferido no julgamento do recurso de apelação:

(...)

Conforme consignado no referido voto: “está comprovado pelos depoimentos testemunhais (fls. 89/90) que a requerente é conhecida, em toda a comunidade que vive, por “Danielle [...]”.

Tal circunstância, inclusive, fora corroborada no acórdão ora recorrido, que assim dispôs: “a despeito de confirmado nos depoimentos prestados em juízo, às fls. 89/90, que a apelante é conhecida no seio familiar como Danielle, [...]”. (fl. 189, e-STJ) [grifou-se]

Vale dizer, concluiu expressamente o órgão julgador que a autora/recorrente é conhecida na comunidade em que vive e no âmbito familiar por Danielle, nos termos aduzido na inicial.

Ademais, deve-se levar em conta, em razão do caráter de subjetivismo que envolve o tema, em certos casos, embora o prenome não pareça potencialmente vexatório, na peculiar situação experimentada pelo indivíduo, pode ser que lhe afete intimamente e cause constrangimentos. Por isso, caso a caso, merece ser avaliado de acordo com as suas especificidades.

A hipótese dos autos, frisa-se, consiste no pedido de alteração de prenome em razão da posse prolongada e conhecimento público/notório de nome diferente do registro civil. Em situação análoga, *coincidentemente envolvendo nome idêntico ao da ora recorrente - Raimunda -*, a egrégia Terceira Turma desta Corte Superior, por unanimidade, no *Recurso Especial n. 538.187/RJ*, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, deu provimento ao reclamo para “[...] julgar procedente o pedido formulado pela recorrente, determinando assim a alteração de seu nome civil de “Maria **Raimunda** Ferreira Ribeiro” para “Maria **Isabela** Ferreira Ribeiro”.

(...)

Como se vê, em situação similar a destes autos, a egrégia Terceira Turma desta Corte, reformou as decisões das instâncias ordinárias, para assegurar à interessada a alteração do seu prenome (Maria Raimunda), mantendo os apelidos de família, para constar do seu registro de nascimento o nome pelo qual é conhecida em seu meio social (Maria Isabela).

É exatamente o que pretende a recorrente, vale dizer, substituir o prenome *Raimunda* por *Danielle*, em seu registro de nascimento, com a manutenção do nome de família, pelo fato de ser assim reconhecida desde criança no meio em que vive, inclusive pelos seus familiares.

(...)

Há de se assinalar que o ordenamento jurídico, além das corriqueiras hipóteses de alteração de nome - tais como: exposição ao ridículo, apelido público, adoção, entre outras - tem admitido *a alteração do prenome quando demonstrada a posse prolongada pelo interessado de nome diferente daquele constante do registro civil de nascimento*, desde que ausentes quaisquer vícios ou intenção fraudulenta.

(...)

Nos casos em que não se vislumbra vício ou intenção fraudulenta, orienta a doutrina que a posse prolongada do prenome é suficiente para justificar a alteração do registro civil de nascimento, visto que faz valer o direito da personalidade do indivíduo e reflete sua vontade e integração social.

(...)

Observa-se que tem prevalecido - na doutrina e na jurisprudência - o entendimento de que é válido o nome efetivamente utilizado pela pessoa, quando demonstrada a utilização prolongada pelo interessado, em detrimento daquele constante do registro civil de nascimento, visto que o nome é a marca distintiva da personalidade.

Em razão disso, situações como a dos autos exigem seja eliminada a inconsistência havida entre prenome registrado e o usado no meio social.

Por isso, casos em que o nome constante do registro diverge daquele utilizado pelo indivíduo e tal circunstância venha obstar a sua própria identificação no meio social, resta indubitável a possibilidade e necessidade de retificação do registro civil.

Salientando o costumeiro brilho no voto apresentado pelo eminente Relator, mas rogando a devida vênia, ousou divergir, em parte, de S. Exa.

De início, consigna-se que, embora a recorrente aduza na primeira página do especial que o recurso é fundamentado apenas na alínea “a” do permissivo constitucional, verifica-se nas razões do apelo nobre que a irresignação

também se assenta em alegado dissenso pretoriano, motivo pelo qual se passa primeiramente à sua análise.

O pretendido dissídio jurisprudencial não está configurado, porquanto a recorrente não promoveu o devido cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigmas, descumprindo o comando disposto no art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e no art. 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, para a caracterização da divergência jurisprudencial, não basta a simples transcrição das ementas dos acórdãos confrontados, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, sob pena de não serem atendidos, como na hipótese, os requisitos previstos nas mencionadas normas. A propósito:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Compra e venda de imóvel. Atraso na conclusão da obra. Danos morais e materiais.

1. Não se conhece de agravo que não tenha atacado especificamente todos os fundamentos da decisão agravada (art. 544, § 4º, I, CPC e Súmula 284/STF).

2. “A simples interpretação de clausula contratual não enseja recurso especial” (Súmula 5/STJ).

3. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula 7/STJ).

4. *À caracterização do dissídio jurisprudencial, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, é necessária a demonstração da similitude de panorama de fato e da divergência na interpretação do direito entre os acórdãos confrontados.*

5. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado.

Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 334.801/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 03.09.2013, DJe de 12.09.2013, g.n.)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Ausência de prequestionamento da matéria. Súmula n. 211/STJ. Reexame de fatos. Súmula n. 7/STJ. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Ausente o prequestionamento, até mesmo de modo implícito, dos dispositivos apontados como violados no recurso especial, incide o disposto na Súmula n. 211/STJ.

3. Rever questão decidida com base no exame das circunstâncias fáticas da causa esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.

4. *A divergência jurisprudencial, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255, § 1º, do RISTJ, exige comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos julgados que configurem o dissídio, a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações, o que não restou evidenciado na espécie.*

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 633.390/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.08.2015, DJe de 1º.09.2015, g.n.)

No tocante ao mérito da questão alçada ao exame do Superior Tribunal de Justiça, registre-se que o entendimento esposado pelo Ministro Relator encontra ressonância em julgados desta Corte, no sentido da flexibilização do princípio da imutabilidade do nome civil, a partir da constatação de justo motivo.

A título ilustrativo, cito os seguintes precedentes em que, de alguma forma, flexibilizou-se o princípio da imutabilidade do nome, insculpido na Lei n. 6.015/1973, *verbis*:

(I) REsp 538.187/RJ, Rel. Ministra *Nancy Andrighi* - alteração do prenome de Maria Raimunda para Maria Isabela;

(II) REsp 213.682/GO, Rel. Ministro *Ari Pargendler* - retirada de um prenome;

(III) REsp 1.256.074/MG, Rel. Ministro *Massami Uyeda* - acréscimo de patronímico materno;

(IV) REsp 1.138.103/PR, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão* - retificação de grafia de patronímico para fins de obtenção de dupla cidadania;

(V) REsp 1.279.952/MG, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva* - alteração do patronímico da genitora, para constar o nome de solteira, adotado após divórcio;

(VI) REsp 1.323.677/MA, Rel. Ministra *Nancy Andrighi* - alteração da ordem dos apelidos de família.

(VII) REsp 1.304.718/SP, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino* - supressão do patronímico paterno, em decorrência de abandono do genitor desde tenra idade;

(VIII) REsp 538.187, Rel. Ministro *Ruy Rosado de Aguiar* - inclusão do patronímico do padrasto.

(IX) REsp 146.558/PR, Rel. Ministro *Castro Meira* - alteração de nome em razão de equivocada grafia na certidão de casamento dos requerentes.

Malgrado os precedentes citados, entendo que a alteração do prenome, nos termos em que postulada no caso em exame, não é devida.

É da própria natureza, da essência dos Registros Públicos a necessidade de transmitir segurança e estabilidade para a coletividade quanto aos relevantes temas que tutela e torna públicos, ou seja: os registros civis das pessoas naturais e das pessoas jurídicas, o registro dos títulos e documentos e o registro de imóveis. Esses elementos são obrigatoriamente tornados públicos justamente para garantia das relações sociais, ensejando acerca de tais assentos oficiais segurança e conhecimento geral.

Por isso é que se tem uma Lei própria, específica para o regime jurídico dos registros públicos, a conhecida Lei n. 6.015/1973, que, em seu art. 1º, *caput*, estabelece:

Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.

Quanto ao registro civil das pessoas naturais, vigora no ordenamento jurídico brasileiro a regra geral da imutabilidade ou definitividade do nome civil. Essa regra geral não deve ser contrariada sem motivação suficiente.

A própria Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) é que prevê as exceções à mencionada regra, nas seguintes hipóteses:

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

O pleito formulado pela ora recorrente só pode ser examinado à luz dos arts. 57 e 58 da Lei n. 6.015/1973, porquanto formulado quando a requerente já tinha 22 (vinte e dois) anos de idade.

Em consonância com o regime legal, a alteração substancial do prenome deve ser evitada.

Na hipótese, a alteração, tal como pretendida pela recorrente, não deve prevalecer. Não há justo motivo para a completa supressão do prenome “Raimunda”, embora se possa admitir seja agregado ao registro civil da requerente o prenome “Danielle”, pelo qual é conhecida no meio em que convive.

Mostra-se razoável a inclusão do prenome “Danielle” no nome da recorrente, podendo escolher a conjunção “Raimunda Danielle” ou “Danielle Raimunda”, sem, contudo, suprimir completamente o prenome constante do registro civil.

Como entendeu o v. acórdão recorrido, não há justo motivo para a completa alteração do prenome apenas pelo fato de a promovente ser reconhecida no meio social em que convive por prenome diverso daquele que consta do seu registro civil.

Registre-se que em nenhum dos 3 (três) precedentes colacionados pelo eminente Relator, que mais se assemelhariam à hipótese em tela (modificação de prenome), deu-se a absoluta alteração do prenome, como agora postulado pela requerente.

No REsp 538.187/RJ, Rel. Ministra *Nancy Andrigbi*, possibilitou-se a alteração de prenome “Maria Raimunda” para “Maria Isabela”, mantendo-se, assim, prenome originário da requerente, no caso “Maria”, o que não configura total modificação do prenome, como no caso em exame.

No REsp 213.682/GO, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, o julgado permitiu a supressão do prenome “Francisca” do nome da requente, “Francisca de Fátima Oliveira”, subsistindo, contudo, o prenome “Fátima”, circunstância que não evidencia alteração total do prenome.

No REsp 146.558/PR, Rel. Ministro *Castro Meira*, por sua vez, o precedente permitiu a alteração dos nomes de “João Luiz Ribeiro” e “Ana da Conceição Ribeiro” para, respectivamente, “João Ribeiro Mira” e “Ana Carlos

Vieira”. Como se observa, também não estamos diante de hipótese de completa alteração de prenome originalmente registrado. Saliente-se que, neste caso, o pedido fora formulado em razão de equivocada grafia na certidão de casamento dos requerentes.

Impende ressaltar, outrossim, que o eg. Tribunal de origem, nas razões do voto condutor do v. aresto recorrido, concluiu que não foram comprovados nos autos dissabores ou situações vexatórias experimentadas pela recorrente decorrentes do uso do prenome “Raimunda”. A propósito, transcrevo trecho do *decisum* que corrobora referida conclusão, *verbis*:

Ocorre que, na situação em comento, *analisando toda a documentação acostada ao feito e nos termos do salientado pelo juiz a quo, observo inexistirem provas consistentes nos autos de quaisquer dissabores ou situações vexatórias, a que supostamente teria sido submetida a recorrente, aptos a ensejar-lhe o reconhecimento do direito pleiteado em juízo. Isso porque, a apelante, em nenhum momento comprova ter o seu prenome, Raimunda, causado constrangimento ou mesmo à pessoa de sua família.*

Assim, a despeito de confirmado nos depoimentos prestados em juízo, às fls. 89/90, que a apelante é conhecida no seio familiar e social como Danielle, *o fato é que não foi demonstrado nos autos quaisquer constrangimentos a que supostamente vem sendo submetida a recorrente.*

Destarte, *considerado inexistir prova dos embaraços sofridos pela apelante por possuir dois nomes, configurado está o óbice ao deferimento do pleito, nos termos do que foi requerido na inicial.* (grifou-se, na fl. 189)

No mesmo sentido, a r. sentença de primeiro grau, ao consignar que “a autora não comprova por meio algum, que o seu prenome tenha causado constrangimento a ela ou a pessoa de sua família, sendo que, certamente nenhum problema lhe trouxe, tanto que se passaram 04 (quatro) anos desde quando deveria ter procurado a justiça, portanto, não trará no futuro constrangimento algum para a pessoa que possua esse prenome, perante a família ou a sociedade” (nas fls. 123/124).

Nesse contexto, ante a ausência de justo motivo a fundamentar a pretensão ora examinada, tal qual formulada na exordial, entende-se não ser devida a alteração de registro civil como postulada, com a total alteração do prenome da recorrente, admitindo-se, contudo, a inclusão do prenome “Danielle” ao seu nome, de forma a não caracterizar absoluta modificação do registro originário.

Ante o exposto, com a devida vênia, divergindo-se parcialmente do eminente Relator, conhece-se parcialmente do recurso especial e, nessa extensão,

dá-se-lhe parcial provimento para permitir a alteração do prenome da recorrente Raimunda para “Raimunda Danielle” ou “Danielle Raimunda”, devendo fazer tal opção perante o Juízo da Vara de Registros Públicos competente para a expedição do mandado, nos termos do art. 57 da Lei n. 6.015/1973.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, após esses debates e, agora também, a manifestação do Ministério Público, peço vênua à divergência para aderir ao voto do Relator, porque entendo que, de fato, já há várias exceções feitas na jurisprudência deste Tribunal que permitem a modificação do prenome, embora nenhuma idêntica ao presente caso, como ressaltado no cuidadoso voto do Ministro Raul Araújo. Mas, realmente, a Lei de Registro Civil está sofrendo uma evolução em sua interpretação em face da realidade que vem se impondo, como no caso a que se referiu o Ministro Marco Buzzi, da mudança de sexo.

O que a lei exige é que haja uma justificação idônea, aceita pelo Juiz. Penso que o que garantirá a perfeita identificação da pessoa, no caso, é a ressalva feita no art. 57 da Lei de Registro Público de que a sentença deve ser levada a registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, que permitirá que se rastreie a origem dessa mudança, e, fora isso, todos os métodos mais modernos de identificação disponíveis, conforme lembrado pelo eminente Sub-Procurador Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros. A Lei de Registro Público permite também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios, o que seria uma outra hipótese, não de agregação de nome, mas da definitiva substituição.

Por esses motivos, peço vênua ao cuidadoso voto divergente e acompanho o voto do Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 1.265.748-RS (2011/0142765-6)

Relator: Ministro Raul Araújo
Recorrente: S da C S - Espólio

Repr. por: M Z S - Inventariante

Advogados: Márcio Roberto da Silva e outro(s) - RS031834

Leonardo Augusto Poletto - RS080594

Recorrido: I F de A S

Advogados: Rolf Hanssen Madaleno e outro(s) - RS011397

Karin Wolf e outro(s) - RS037739

EMENTA

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Ação de adoção. Adoção póstuma. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC/1973. Ausência de manifestação inequívoca da vontade de adotar. Carência de ação. Violação aos arts. 267, VI, do CPC/1973, 3º, II, e 1.618 do CC/2002 e 42 do ECA. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Presidente) e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 14 de março de 2017 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 11.4.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial (art. 105, III, *a*, da CF/1988) interposto pelo Espólio de S. da C. S., representado pela inventariante M. Z. S., em face de v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS).

Narram os autos que, em fevereiro de 2008, M. Z. S., filha de S. da C. S, promotor de justiça aposentado, ajuizou ação de interdição de seu pai (fls.

159-168), sendo nomeada sua curadora provisória, em 4.3.2008, nos termos da decisão de fl. 186.

Pouco depois, em 18.6.2008, a ora recorrida, a Sra. I. F. de A. S., alegando ser casada, desde 9.12.1994, pelo regime da comunhão parcial de bens, com o interditado, Sr. S. da C. S., tendo ambos a guarda judicial do menor F.R.G., desde 18.3.2003, propôs ação requerendo, para si e para o Sr. S. da C. S., a adoção do mencionado menor. Na inicial da ação de adoção (cópia às fls. 27-35), foi requerida a citação de S. da C. S., na pessoa de sua curadora e filha, M. Z. S.

Em contestação (fls. 148-156), S. da C. S., representado por M. Z. S., arguiu a ilegitimidade ativa de I. F. de A. S. para propor a ação de adoção em nome do casal e impugnou o pedido.

À fl. 251, consta petição de I. F. de A. S. informando, nos autos da ação de adoção, o falecimento do Sr. S. da C. S., em 29.9.2008, e requerendo o regular prosseguimento do feito.

Mediante decisão interlocutória (fl. 263), o d. Juízo de piso rejeitou a referida preliminar de ilegitimidade e determinou o prosseguimento do feito contra o Espólio de S. da C. S. Essa decisão foi objeto de embargos de declaração (fls. 276-279), os quais foram acolhidos para corrigir contradição, nos termos da decisão da qual se extrai o seguinte excerto (fl. 293):

No tocante aos embargos declaratórios, impõe-se o acolhimento, vez que houve erro na prolação do despacho de fl. 209/verso.

Para superar referida contradição/obscuridade, cumpre esclarecer que resulta afastada a preliminar de ilegitimidade ativa, arguida em contestação.

O feito prosseguirá contra o espólio e ora se trata de adoção póstuma.

(grifos acrescidos)

Irresignado, S. da C. S. - *Espólio* interpôs agravo de instrumento, que, em primeiro momento, foi provido, por maioria, para reconhecer a ilegitimidade ativa na referida ação de adoção, determinando-se o prosseguimento desta, constando apenas a promovente I. F. de A. S. como adotante. Eis a ementa do v. acórdão (fl. 419):

Agravo de instrumento. Adoção póstuma. Ilegitimidade ativa.

Não figurando o falecido como autor da ação de adoção, cuja interdição provisória já havia sido deferida quando do seu ajuizamento, é parte ilegítima para figurar no pólo ativo do pedido, sendo que o seu falecimento no curso da

ação não caracteriza adoção póstuma, vez que sequer adotante ele era. Ação ajuizada pela ex-esposa, que deve prosseguir somente tendo ela como adotante. Precedentes legais.

Agravo de instrumento provido, por maioria.

Frente a esse v. acórdão, I. F. de A. S., ora recorrida, opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados, nos termos do acórdão de fls. 465-471.

Inconformada, I. F. de A. S. manejou embargos infringentes (fls. 476-525), os quais foram providos, para reconhecer a legitimidade do Espólio na mencionada ação de adoção, nos termos do v. acórdão ora recorrido, assim sumariado (fl. 635):

Embargos infringentes. Ação pedido de adoção. Adotante interditando. Posterior falecimento. Adoção póstuma. Legitimidade ativa reconhecida. Condição da ação.

Admite-se conhecer de embargos infringentes interpostos em agravo de instrumento quando se trata de questão terminativa do processo, ou afeta ao mérito da causa.

É possível a convalidação da adoção após a morte do adotante, ainda que não iniciado o processo de adoção, diante de fundados indícios de elemento anímico, consubstanciado na posse do estado de filho. Precedente do STJ.

Possível juridicamente a adoção póstuma, há viabilidade no pedido dirigido àquele que, tendo perdido a capacidade para os atos da vida civil, por interdição, podendo a questão ser dirimida por instrução na ação de adoção, mesmo ocorrida a morte do adotante no curso da demanda.

Reconhecida a legitimidade do adotante para integrar ação de adoção, substituído pelo Espólio, na condição de requerido, vez que a ação foi proposta pela guardiã, por si e em favor do menor, com pleito de citação do varão.

Ausência de afronta aos artigos 3º, II, e 1.622, parágrafo único, do Código Civil vigente.

Necessidade de garantir ao menor o direito de demonstrar, por meio da instrução probatória, a manifesta intenção do guardião em adotá-lo.

Decisão sobre condição da ação que não antecipa julgamento de mérito, nem se compromete com eventual solução positiva da demanda.

Preliminar rejeitada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.

Os embargos de declaração opostos por S. da C. S. - *Espólio* foram rejeitados, nos termos do v. acórdão que recebeu a seguinte ementa (fl. 658):

Embargos de declaração em embargos infringentes. Pedido de adoção. Legitimidade reconhecida.

Ausência de omissão, contradição ou obscuridade.

O acórdão reconheceu a legitimidade do adotante para figurar no pólo passivo da ação, substituído pelo Espólio, na condição de requerido, inexistindo afronta ao art. 3º, II, e 1.622, parágrafo único, do Código Civil. Questão de mérito que não comporta ser dirimida em sede de embargos infringentes opostos em agravo de instrumento.

O acolhimento dos embargos pressupõe a presença de pelo menos um dos pressupostos elencados de forma taxativa no art. 535 do CPC, ainda que para finalidade prequestionatória.

Ademais, inviável a rediscussão da matéria decidida no acórdão, pois embargos declaratórios não são sucedâneo recursal.

Desacolheram os embargos de declaração.

Insistindo na irresignação, S. da C. S. - *Espólio* manejou o presente recurso especial, no qual aponta, preliminarmente, violação ao art. 535, I e II, do CPC/1973, uma vez que o eg. TJ-RS não se manifestou acerca de todas as matérias levantadas nos aclaratórios.

No tocante à suposta ausência de legitimidade ativa da ora recorrida para ajuizar pedido em nome do Sr. S. C. da S., na ação de adoção, aponta-se infringência: dos arts. 3º, II, 166, I, 1.618, parágrafo único, 1.628, 1.747, I, 1.748, V, e 1.774 do Código Civil de 2002; dos arts. 3º, 8º, 267, VI, e 535, I e II, do CPC/1973; e do art. 42, §§ 2º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Aduz que a ora recorrida, desconsiderando a incapacidade civil de S. de C. S., “(...) engendrou Pedido de Adoção em nome próprio e também em nome da pessoa em interdição provisória, inexistindo qualquer aquiescência da curadora provisória para a representação em juízo daquele” (fl. 676).

Afirma que S. da C. S., “(...) à data do ingresso do Pedido de Adoção, era pessoa viva e cuja representação em juízo cabia à sua filha, curadora provisória, jamais à recorrida, de quem, inclusive, estava separado de fato, situação que também pôs termo à reciprocidade entre o (ex)casal, ficando reconhecido no próprio juízo a quo, porém em recurso por ocasião da Interdição do hoje falecido (...)” (fl. 676).

Assevera que, como não houve desejo inequívoco de adotar por parte de S. da C. S., não há como se reconhecer a ocorrência de adoção póstuma, pois

esta se caracteriza quando o adotante, “(...) após o livre ajuizamento do pedido de adoção, vem a óbito, quando já manifestou nos autos do procedimento de adoção o desejo inequívoco de adotar, conforme dicção do artigo 1.628, do Código Civil” (fl. 677).

Alega que S. da C. S., “(...) à data do ajuizamento do Pedido, era pessoa absolutamente incapaz, tendo resistido àquele e apresentado contestação por sua curadora, e o óbito ocorreu após isto, jamais podendo ser considerada adoção póstuma (...)” (fl. 677).

Sustenta a nulidade da referida adoção, uma vez que o suposto adotante, S. da C. S., no ajuizamento do pedido de adoção, era absolutamente incapaz e a adoção “(...) é um fato jurídico, e, como tal, é subordinada aos requisitos de existência (plano da existência) e de validade (plano da validade) dos negócios jurídicos, vale dizer, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104)” (fl. 678).

Aduz que “(...) o outro contrassenso na aplicação da norma legal inerente ao instituto da adoção pelo acórdão recorrido, diz respeito à inobservância de pressuposto explícito à recepção do pedido pelo casal, o que vem esculpido no § 2º do artigo 42 do ECA, à medida que a separação de fato, já reconhecida judicialmente, impediria a recepção do pedido de forma conjunta como está a ser ditado naquele” (fl. 678).

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 688-697), pelo desprovimento do apelo.

Inicialmente inadmitido pela 3ª Vice-Presidência do eg. TJ-RS (decisão às fls. 700-706), ascenderam os autos a esta col. Corte por força de *decisum* (fl. 710), desta Relatoria, nos autos do Ag 1.360.608/RS.

Instado a se manifestar, o d. Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso, nos termos do parecer da lavra do em. Subprocurador-Geral da República, Dr. *João Pedro de Saboia Bandeira de Melo Filho*.

Impende salientar, ainda, que a ora recorrente ajuizou perante esta eg. Corte medida cautelar (MC 18.190) em cujos autos foi proferida decisão negando seguimento à cautelar. Tal *decisum* foi objeto de agravo regimental, concluso para análise.

Registre-se, ainda, que, em consulta ao sítio eletrônico do eg. TJ-RS, infere-se que o processo referente à ação de adoção está suspenso, aguardando decisão em “Superior Instância”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Inicialmente, afasta-se a ofensa ao art. 535, I e II, do CPC, pois a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as matérias que lhe foram submetidas, motivo pelo qual o acórdão recorrido não padece de omissão, contradição ou obscuridade.

Note-se que a Corte Estadual encontrava-se julgando agravo de instrumento e procurou solucionar o tema relevante tratado na decisão agravada, de forma satisfatória, porém cuidando de não suprimir a instância *a quo*, evitando avançar sobre o mérito da ação.

Ressalta-se não ser possível confundir julgamento desfavorável, como no caso, com negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

Assim, fica afastada a violação ao art. 535, I e II, do CPC.

Passe-se ao exame do mérito da controvérsia agitada no especial.

Conforme consta do relatório, este recurso vem tirado de agravo de instrumento em ação de adoção ajuizada, em 18.6.2008, pela ora recorrida postulando, em nome próprio e também de seu marido, então já separado de fato da promovente e provisoriamente interditado, em razão de doença neurológica incapacitante, tendo por curadora provisória filha unilateral do interditando, a adoção do menor de quem o casal tinha a guarda judicial, desde 18.3.2003. A pretensão foi contestada pelo varão incapacitado, representado por sua curadora. Posteriormente, em 29.9.2008, o interditado faleceu, sendo sucedido por seu espólio, ora recorrente, representado pela filha inventariante, antes curadora.

A questão central posta neste recurso é definir se o recorrente, quando já interditado provisoriamente por doença neurológica irreversível, pode figurar como adotante em ação de adoção de menor, do qual tinha a guarda judicial, proposta exclusivamente pela esposa de quem já se encontrava separado de fato. Trata-se, portanto, de resolver se tal pedido de adoção reúne as condições da ação, com relação ao suposto adotante varão.

Para tanto, é conveniente decalcar o pedido posto na exordial da ação de adoção, destacando-se que a promovente I. F. de A. S. pleiteou a citação de S. da C. S., na pessoa de sua curadora e, como pedido final, requereu (fl. 35):

Pelo exposto, com elevado respeito de sempre, digno-se Vossa Excelência de receber a presente petição, determinar sua juntada aos autos, bem como os documentos que a acompanham, para, após determinar as seguintes providências:

(a) Ser for do entendimento de V. Exa., **determinar a feitura de novo estudo social** nas partes, de modo a escrutinar o vínculo entre Fabiano e a autora, mormente o desenvolvimento após a instituição da guarda provisória, a exceção de Sérgio que ora encontra-se interditado provisoriamente, sem condições de se expressar, mas que certa e comprovadamente, até perder a lucidez, possuía a intenção de adotar Fabiano;

(b) Citar o interditando *Sérgio da Cunha Saldanha*, portador do CPF/MF n. 068.281.080-00, na pessoa de sua curadora provisória *Moema Zanchin Saldanha*, brasileira, solteira, assessora jurídica do Ministério Público, inscrita no CPF/MF sob n. 894.658.610-00, residente e domiciliada na cidade de Bento Gonçalves/RS na Travessa Manaus, n. 78, Apt. 401, bairro Cidade Alta, por Carta Precatória, sobre os termos da presente ação;

(c) Intimar a genitora do menor, *Daiane Rech*, prefacialmente qualificada, por carta precatória, sobre os termos da presente ação;

(d) cumpridas todas as formalidades legais, *em não havendo resistência ao pleito da autora pela curadora legal do seu esposo Sérgio, seja a adoção do infante pela autora e o marido decretada por sentença* (art. 47 da Lei n. 8.069/1990), por ser esta a única solução que atente aos mais altos, lídimos e verdadeiros interesses de Fabiano. (destaques no original)

Infere-se, pois, que, no pedido posto na exordial, a ora recorrida busca a adoção de F. R. G., pelo casal que antes formara com o já interditado Sr. S. da C. S., em que pese tenha ajuizado a ação individualmente e pleiteado a citação daquele, de quem, então, já se encontrava separada de fato, conforme assentou o v. acórdão estadual.

Nesse diapasão, infere-se que a discussão cinge-se em definir se a ação de adoção reúne condições para ser processada e julgada, tendo o ora recorrente como adotante, embora figure no polo passivo, no peculiar contexto em que posta em juízo e vai destacado: a) ação proposta exclusivamente pelo cônjuge virago, então já separada de fato do cônjuge varão, para adoção de menor sob guarda judicial do casal; b) ação contendo pedido de citação do pretenso pai adotante, já interditado por incapacidade mental em data anterior à da propositura da demanda de adoção pelo ex-cônjuge virago; e c) ação contestada pelo conjecturado adotante, representado por sua curadora.

O tema foi objeto de intensos debates no eg. TJ-RS, tanto que, no julgamento do aludido agravo de instrumento, deu-se inicialmente provimento a tal recurso para reconhecer a ilegitimidade ativa de S. da C. S., nos termos do v. acórdão do qual se extrai o seguinte excerto (fls. 421-423):

É manifesta a ilegitimidade ativa do falecido **Sérgio** para figurar na ação de adoção do menor **Fabiano**, ajuizada pela agravada **Izabel**.

Aliás, a decisão agravada, ao mantê-lo como adotante na ação principal, afronta ao disposto no art. 1.622, parágrafo único, e art. 3º, II, ambos do Código Civil em vigor.

À evidência que **Izabel**, autora do pedido de adoção do menor **Fabiano**, não poderia pleitear a adoção também em nome de **Sérgio**, e por dois motivos simples.

A uma, porque sustentou a condição de esposa dele, quando já se encontravam separados de fato, situação esta que já havia sido reconhecida por este Tribunal quando do julgamento do AI n. 70024196388, que entendeu como competente para julgar a ação de interdição de **Sérgio**, movida pela ora agravada, a Comarca de Canela, onde ele residia (fl. 1. 209 e s.).

E a duas, e principalmente, porque quando do ajuizamento do pedido de adoção do menor **Fabiano**, proposto por **Izabel**, ocorrido em 18.06.2008 (fl. 24 e s.), **Sérgio** já se encontrava sob curatela provisória deferida em 03.03.2008 nos autos da ação de interdição intentada (em 27.02.2008) pela sua filha **Moema**, tendo sido esta nomeada sua curadora provisória (fl. 164), cujo compromisso foi firmado em 04.03.2008 (fl. 166).

Destaco que a interdição provisória foi deferida ante a falta de condições neurológicas de **Sérgio** para julgamento crítico, o que comprometia sua capacidade para a prática dos atos da vida civil, conforme constou na decisão atinente (fl. 164).

Assim, como se vê, ao propor a ação de adoção, **Izabel** só tinha legitimidade para fazê-lo em seu próprio e exclusivo nome, porque com tal pedido seu ex-marido **Sérgio** não anuiu e não participou, seja pessoalmente ou através da sua curadora provisória, mormente considerando-se que, quando do ajuizamento de tal ação de adoção, ele já era incapaz para exercer pessoalmente os atos da vida civil, ante a interdição provisória.

Na verdade, **Sérgio** não é e nunca foi autor na ação de adoção, proposta unicamente por **Izabel**, a qual se valeu da condição de “esposa” - quando já se encontrava separada de fato dele -, e do fato de ter em conjunto com **Sérgio**, a guarda judicial do menor **Fabiano** (deferida em agosto de 2004, fl. 42), para pleitear a adoção deste em favor dela e de **Sérgio**.

Contudo, como se viu, **Sérgio** não só não aderiu ao pedido de adoção, como não tinha capacidade para figurar no pólo ativo da ação, vez que era incapaz para tal ato, por já estar sob interdição provisória, deferida anteriormente ao ajuizamento do pedido de adoção.

Evidentemente que o exercício da guarda judicial de **Fabiano** por **Sérgio** e **Izabel**, não confere a ela legitimidade para postular a adoção em nome dele.

De outra banda, à evidência que também não há que se falar em adoção póstuma relativamente a **Sérgio**, por ele ter falecido (em 29 de setembro de 2008, fl. 109) no curso da ação de adoção.

*Ora, se ele era parte ilegítima para figurar no pólo ativo da ação de adoção, porque **Izabel** não era sua curadora para representá-lo no pedido, não se está diante da hipótese prevista no art. 1.628 do CC/2002, que possibilita a adoção póstuma, quando o adotante vem a falecer no curso da ação.*

Assim, da mesma forma, não incide o art. 42, § 5º, do ECA, que repete a regra do precitado art. 1.628 do CC/2002, no sentido de que a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. Mas esse não é caso dos autos.

No caso em apreço, Sérgio não era adotante, porque não era autor do pedido de adoção. E não estava representado por sua curadora provisória (sua filha) para a anuência ao pedido. (grifou-se)

Posteriormente, em sede de embargos infringentes, a eg. Corte Estadual debruçou-se novamente sobre o tema, e, outra vez por maioria, chegou a conclusão oposta, dando agora provimento aos embargos infringentes e reconhecendo a legitimidade da promovente para pleitear a adoção em nome do casal antes formado com o *de cujus*. A título elucidativo, reproduz-se o seguinte trecho desse v. aresto (fls. 639-640):

O voto vencido na Câmara mantinha a decisão a quo, na origem, que afastou a alegação de ilegitimidade de Sérgio, ao fundamento, em síntese, de que tendo exercido a guarda judicial do adotando Fabiano, estaria configurado, pelo menos para fins de admissibilidade da ação, o procedimento prévio com vista a posterior adoção. Em contrapartida, a decisão majoritária no órgão fracionário, pelo reconhecimento da ilegitimidade do adotante, ensejaria questão terminativa da ação, culminando por cercear a produção de provas acerca da real intenção de Sérgio em adotar Fabiano.

A meu ver, sem adentrar no mérito da ação de adoção, porque pertencente à fase ulterior da ação, caso vencida a preliminar, o voto minoritário deve prevalecer, venia da douta maioria.

A uma, porque a ação não foi ajuizada em nome de Sérgio da C. S., mas por Izabel F. de A. S., por si e em representação do menor Fabiano, tendo sido requerida a citação de Sérgio, por meio de sua curadora, eis que até então se encontrava interditado. Não verifico, assim, afronta ao artigo 3º, II, do Código Civil vigente.

Tampouco haveria infringência ao art. 1.622, parágrafo único, do mesmo diploma legal, visto que a guarda judicial, caso seja considerada como período de adaptação e início dos procedimentos de adoção, foi deferida quando os guardiães eram casados entre si, em 18.08.2004 (fl.322), tendo a separação de fato ocorrido apenas em 2007, segundo alegado em contestação (fl. 349), o que encontra respaldo no art. 42, § 4º do ECA.

A relação jurídica paternal decorre ou do vínculo biológico, ou do liame sócio-afetivo, resultando este da posse do estado de filho. O reconhecimento da

paternidade socioafetiva deve vir, sempre, acompanhada do elemento anímico. Não havendo liame biológico, não se pode imputar paternidade a quem assim não deseja. Com efeito.

Em vista disso, sem pretender adentrar no mérito da questão posta em juízo, como dito anteriormente, solução futura que, no caso, independe do mero reconhecimento da legitimidade ad causam, os autos revelam, pelo menos, fundados indícios da intenção do de cujus em adotar Fabiano, decorrendo tal conclusão dos documentos de fl. 322 (termo de guarda), fls. 326 e 327 (cartas do adotante ao menor, nas quais se intitula “pai”), fl. 328 (bilhete de Sérgio à professora de Fabiano), fl. 329 (foto de Sérgio em festa do “Dia dos Pais” na escola de Fabiano), fls. 337/340 (declaração de bens e rendimentos, na qual Fabiano é declarado como dependente). Se é verdade que tais documentos são oponíveis à tese da adoção, o que seria matéria de fundo na ação proposta, revelam pelo menos a existência de relação afetiva entre Sérgio e Fabiano, desafiando que a instrução venha a demonstrar, ou não, que dita relação estaria se encaminhando à adoção, possibilitando-a de forma póstuma, conforme previsão do art. 42 do ECA, em seu § 5º, quando manifesta a vontade do adotante que vier a falecer no curso do procedimento. (grifos acrescidos)

Cumpra agora sejam transcritas as normas legais mais relevantes para o exame deste recurso. Inicialmente, os arts. 3º, II, do Código Civil de 2002 e 42, § 5º, do ECA, assim dispõem, *in verbis*:

- CC/2002

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

(...)

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

.....

- ECA

Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

(...)

§ 5º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

(Redação anterior à vigência da Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009)

Para melhor compreensão da controvérsia, é importante frisar que o art. 42 do ECA foi alterado pela Lei n. 12.010/2009, a denominada “Lei da Adoção”

e, embora esta ação de adoção tenha sido ajuizada antes da entrada em vigência dessa lei, é valiosa a transcrição das seguintes regras do art. 42 do ECA, já com a nova redação:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

(...)

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

(...)

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

A Lei de Adoção (12.010/2009) alterou o art. 1.618 e revogou, ainda, os seguintes dispositivos do Código Civil de 2002, cujas transcrições também se mostram pertinentes, pois vigentes à época dos fatos analisados pelo v. acórdão vergastado:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009)

Art. 1.621. A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

§ 2º. O consentimento previsto no *caput* é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção.

Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

Parágrafo único. Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

Como se viu da transcrição do trecho do v. acórdão recorrido, o Tribunal de Justiça deu provimento ao agravo de instrumento, por entender: (I) que a ação fora ajuizada pela ora recorrida, por si e representando o adotando, sob guarda, com pedido de citação do ora recorrente, com o que afastou a violação ao art. 3º do CC/2002; (II) antes da separação de fato, o casal tinha a guarda judicial do menor, fase antecedente e indicativa de intenção de adotar, rechaçando afronta ao art. 1.622 do CC/2002; (III) considerou também documentos a que se refere, um a um, como indícios de intenção do varão de adotar o menor; e (IV) nessas condições, entendeu viável o reconhecimento de adoção póstuma, prevista no art. 42 do ECA.

Nesta Corte, o tema referente à adoção póstuma foi examinado na eg. Terceira Turma, no julgamento do REsp 1.326.728/RS, de relatoria da em. *Ministra Nancy Andrighi*, ocasião em que se firmou, por maioria, o entendimento de que seria possível, em situações excepcionais, a adoção póstuma, antes mesmo de iniciado o processo de adoção. Eis a ementa do julgado:

Direito Civil e Processual Civil. Adoção póstuma. *Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Laço de afetividade. Demonstração. Vedado revolvimento de fatos e provas.*

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. *Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.*

4. Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação do propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço de afetividade a envolver o adotado e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.326.728/RS, Rel. Ministra **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, julgado em 20.08.2013, DJe de 27.02.2014; grifou-se)

Como se percebe, naquele caso, consideraram-se os valores sociais envolvidos e que os princípios a serem ponderados são deveras sensíveis e, por consequência, após intensos debates na ocasião do julgamento, chegou-se à maioria de três votos, sendo vencidos os eminentes *Ministros Ricardo Vilas Bôas Cueva e Sidnei Beneti*.

Mostra-se valioso homenagear o seguinte excerto do irretorquível voto vencido do Ministro *Sidnei Beneti*:

2.- Meu voto, com o maior respeito, diverge do voto da E. Relatora, e dá provimento ao recurso, compreendendo, evidentemente, os propósitos beneméritos que nortearam o julgamento na origem, mas *salientando a inconveniência de firmar tese jurídica de caráter nacional no sentido da admissibilidade de adoção póstuma como a do caso, em que não houve início de processo de adoção pela adotante-póstuma, nem se patenteou, antes do óbito, consistente manifestação no sentido de adotar.*

Os fundamentos, sintetizados pela Ementa do Acórdão recorrido, e que lhe marcam o quadro fático, não bastam ao deferimento do pedido de adoção póstuma, ou seja, *não é suficiente a ela, adoção postúma, anotar que “o apelado era tido pela falecida como verdadeiro filho”, único destaque fático do Acórdão, em caso em que não houve, pela falecida, nem começo de processo de adoção, nem atos preparatórios para esse começo (como a contratação de advogado ou atos semelhantes), nem documento nenhum dizendo que pretendia ela realizar a adoção.*

A afirmação de tese nacional no sentido do julgamento de origem significaria que todo caso de amparo a menor de idade, criando-o e dando-lhe sustento e apoio, redundaria em adoção ‘post-mortem’, o que, a rigor, produziria a consequência contrária de amparo a menores necessitados, ao fundado receio de que, passado o tempo e ocorrida a morte, viria a gerar-se pretensão a filiação adotiva, em detrimento dos filhos – lembrando-se que, no caso, há discordância de uma filha, cuja manifestação de vontade não pode ser discriminada como de menor importância diante do pensamento de outra filha concordante, de modo que a não pacificidade ajunta elemento fático de peso em prol da inexistência de intenção de adotar.

(...)

Os únicos preceitos legais que conferem fundamento a pedido de adoção póstuma, mas com o cuidado da exigência de início prévio do processo de adoção, estão nos arts. 1.618 do CC/2002 e no art. 42, § 2º, do ECA, na redação da Lei n. 12.010, de 3.8.2009.

Em ambos os dispositivos legais é exigido, expressamente, como requisito legal da adoção póstuma, que o óbito do adotante ocorra após o início do processo judicial (na redação atual, mais favorável ao adotando, expressamente: “se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.”

Se se estender a amplitude do preceito legal para hipótese próxima à do início do procedimento judicial, sempre será necessário o requisito da “inequívoca manifestação de vontade” do adotante em adotar, quer dizer, em atos preparatórios “inequívocos” de promover a abertura do procedimento judicial – não sendo bastantes laços afetivos, por mais elevados e fortes que sejam, dos quais não se infira, sem equívocos ou possibilidade de interpretação equivocada, a vontade de adotar.

5.- No caso presente, não se teve o processo judicial de adoção iniciado em vida pela própria falecida, nem se tem nenhum documento que comprove “inequívoca manifestação de vontade” de adotar.

Tem-se apenas o fato de que o autor foi “criado como filho”, ou que “era tido pela falecida como verdadeiro filho”, o que sem dúvida significa atuação elogiável de caráter benfazejo, sem, contudo, caracterizar prática de atos efetivos no sentido de adotar, ou, mesmo, sem exteriorizar subjetividade em adotar.

Nesse contexto, não indicando, contudo, intenção de adotar, vêm os atos documentais a respeito de fatos na vida em sociedade, relativos a quem “criado como filho”, os quais não levam a concluir pela intenção de adotar – fatos esses, enumerados pelo autor na inicial (e-STJ, fls. 3/4):

(...)

Esses documentos, todos, dispõem, como, neste ponto adequadamente disse a petição inicial, “todos a demonstrar inequivocamente o afeto, vinculação e harmonia existentes entre mãe e filho” (e-STJ, fls. 4), mas não indicam intenção de realizar a adoção, contra a qual ao menos uma das filhas se opunha.

Nem a inicial se abalançou a dizer que em algum desses documentos estivesse formulada a “inequívoca intenção” de adotar.

(...)

7.- Compreendendo-se, sem dúvida, o substrato humanitário do caso, mas não podendo firmar tese nacional no sentido do julgado, meu voto dá provimento ao Recurso Especial, julgando improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

O em. Ministro *Vilas Bôas Cueva* acompanhou o voto divergente, acrescentando:

O foco da questão está, salvo melhor juízo, detido na prova da manifestação inequívoca de vontade, necessária para que se admita a adoção póstuma.

Esse é o ponto, pois no Brasil há uma tradição arraigada de acolher crianças como “filhos de criação”, com o propósito de cuidar delas, mas não necessariamente de adotá-las.

A inequívoca declaração de intenção é indispensável para a demonstração da efetiva vontade do adotante.

Embora o precedente acima tenha alguma semelhança com o caso ora em exame, ressalta-se que neste discute-se não somente a possibilidade de adoção póstuma propriamente dita, mas também a legitimidade da promovente para envolver o recorrente como co-adotante, quando deste já se encontrava separada de fato, estando ele sob interdição, com curatela por terceiro. Portanto, além do aspecto da adoção póstuma, em ação não intentada pelo varão a quem se pretende impor a condição de adotante, o que ultrapassa os limites previstos em lei, tem-se a incapacidade absoluta do suposto adotante e a resistência manifestada por sua representante legal curadora, na contestação.

Nesse panorama, é forçoso reconhecer que inexistem as condições da ação (CPC/1973, art. 267, VI), em especial a legitimidade ativa da recorrida para demandar em nome do casal, envolvendo, assim, na ação de adoção também o cônjuge varão já interditado e dela separado de fato.

A adoção póstuma admitida na legislação reclama que o falecimento do adotante tenha ocorrido no curso de ação por ele proposta, e não contra si ajuizada por terceiro, mesmo que seja este o cônjuge separado de fato ou o próprio menor a ser adotado. A adoção póstuma há de ser admitida em ação ajuizada pelo pretendente adotante falecido.

Ademais, mesmo que se possa excepcionalmente admitir a dispensa da ação previamente ajuizada antes do óbito pelo adotante, como se entendeu no precedente mencionado, o art. 42, § 5º, do ECA (na redação anterior à vigência da Lei n. 12.010/2009 - vigente à época da propositura da ação de adoção e mesmo depois da nova lei), preconizava, e preconiza ainda, a necessidade de “(...) *inequívoca manifestação de vontade* (...)”.

Assim, *data venia*, o peremptório termo legal, “inequívoca manifestação de vontade”, não dá espaço, em interpretação razoável, a qualquer espécie de “presunção” de manifestação de vontade.

Na hipótese, colhe-se das decisões das instâncias ordinárias que o ora recorrente, promotor de justiça aposentado, portanto, conhecedor das leis, quando ainda solteiro e casado com a recorrida, requereu, conjuntamente com esta, em 18.3.2003 e obteve em 18.8.2004 a guarda judicial do menor. Conviveu

o casal, desde então, com a criança, em ambiente familiar, dedicando carinho e cuidados ao infante, até a separação de fato do casal ocorrida no ano de 2007. Nesse interregno, houve tempo bastante para o recorrente manifestar, por atos concretos, inequívoco propósito de adotar a criança sob guarda, mas nada requereu até adoecer e perder as faculdades mentais.

Note-se que, diferentemente da recorrida, o recorrente tinha filha biológica, fruto de anterior relação, o que, talvez, tenha influído em seu comportamento vacilante.

Como quer que seja, no caso em liça, não se pode presumir que o recorrente, S. C de S., então separado de fato e interditado, pretendesse adotar o menor F. R. G. conjuntamente com sua ex-esposa.

O fato de existir a guarda judicial do menor não conduz à presunção de que o então interditado desejava adotar, especialmente porque a referida guarda fora requerida e efetivada quando o casal estava em harmonia, ao passo que a ação de adoção vem proposta unilateralmente, pela recorrida, quando o casal já estava separado de fato, como bem assentou o v. acórdão estadual. Ademais, o pretenso adotante encontrava-se acometido de enfermidade neurológica gravíssima que levou, inclusive, a sua interdição, tendo como curadora não a esposa, mas sim a Sra. M. Z. S., filha do recorrente, de anterior relação.

Avançando, na exordial da ação de adoção, no item “b” supratranscrito (*vide* fl. 35), consta o pedido de “citação” do recorrente, Sr. S. C. de S., na pessoa de sua curadora. Nesse cenário, não há como se reconhecer a “inequívoca intenção de adotar” por parte de pessoa já interditada e sem condições de dispensar cuidados ao adotando e que somente compareceu aos autos porque foi citado, contestando a pretensão.

Como sabido, nos termos do art. 213 do CPC/1973, a “Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”. Nesse jaez, a própria composição estrutural da ação proposta pela ora recorrida já revela a falta de condições da ação, pois não há como o adotante figurar como réu na ação de adoção, comparecendo aos autos para “se defender”, como se ocupasse a um só tempo, voluntariamente, o polo passivo da lide e, compulsoriamente, o polo ativo da mesma ação.

Finalmente, sem pretender confrontar qualquer precedente desta Corte que excepcionalmente tenha admitido a adoção póstuma em ação proposta somente após o falecimento do adotante, no caso dos autos não se verificam as condições da ação, tendo o v. acórdão recorrido violado o art. 267, VI, do CPC/1973, bem como os arts. 3º, II, e 1.618 do CC/2002, e 42 do ECA.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso especial para extinguir a ação de adoção, sem resolução de mérito, em relação ao ora recorrente, prosseguindo-se o feito com a ora recorrida, como promovente.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.582.069-RJ (2013/0229868-0)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Infoglobo Comunicações e Participações S/A

Recorrente: Leonardo Antonio Lima Dias

Advogados: José Perdiz de Jesus e outro(s) - DF010011

Renata Alves de Araújo e outro(s) - RJ129854

Vitor Perdiz de Jesus Borba e outro(s) - DF031770

Maria Estela Silva Guimarães - RJ139141

Recorrido: Mirosmar Jose de Camargo

Advogados: Walter Jose Faiad de Moura - DF017390

Marcelo Coelho de Moraes - RJ132024

Benedicto Celso Benício Junior e outro(s) - RJ137395

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Liberdade de imprensa. Responsabilidade pelo excesso imputada *a posteriori*. Coluna de fofocas. Especulação falsa acerca de paternidade de pessoa famosa. Ofensa a direito de personalidade. Configuração. Valor da indenização. Degradação. Adequação.

1. Conforme se extrai do voto da Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI 4.815/DF, “o dever de respeito ao direito do outro conduz ao de responder nos casos em que, mesmo no exercício de direito legitimamente posto no sistema jurídico, se exorbite causando

dano a terceiro. Quem informa e divulga informação responde por eventual excesso, apurado por critério que demonstre dano decorrente da circunstância de ter sido ultrapassada esfera garantida de direito do outro”.

2. A liberdade de imprensa - embora amplamente assegurada e com proibição de controle prévio - acarreta responsabilidade *a posteriori* pelo eventual excesso e não compreende a divulgação de especulação falsa, cuja verossimilhança, no caso, sequer se procurou apurar.

4. Gera dano moral indenizável a publicação de notícia sabidamente falsa, amplamente divulgada, a qual expôs a vida íntima e particular dos envolvidos.

5. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a revisão do valor fixado a título de condenação por danos morais quando este se mostrar ínfimo ou exagerado, ofendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Hipótese em que o valor foi estabelecido na instância ordinária de forma desproporcional à gravidade dos fatos.

6. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira dando parcial provimento ao recurso especial, divergindo do relator no tocante ao valor da indenização, e a retificação dos votos do Ministro Luis Felipe Salomão e da Ministra Maria Isabel Gallotti para acompanhar a divergência instaurada pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, a Quarta Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, que lavrará o acórdão. Vencido, em parte, o relator. Votaram com a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Presidente) os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora p/ acórdão

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Infoglobo Comunicações e Participações S/A* e *Leonardo Antonio Lima Dias*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição federal, em desafio a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Depreende-se da inicial que *Mirosmar José de Camargo* ajuizou ação de reparação de danos em face dos ora recorrentes, aduzindo ter sofrido dano moral pois, enquanto famoso cantor, conhecido no Brasil e exterior pelo nome artístico Zezé Di Camargo, em data de 12 de março de 2010, foi surpreendido pela publicação no “Jornal Extra” do Rio de Janeiro, na coluna “Retratos da Vida”, assinada pelo colunista Leonardo Dias (corrêu) com a informação de que poderia ser o pai da filha da Sra. Mariana Kupfer, então grávida de sete meses.

Posteriormente, matéria similar foi publicada também na internet, no *site* www.extra.globo.com, com os mesmos dizeres daquela, todavia, com a seguinte manchete: “Amigas de Mariana Kupfer dizem que ela está grávida de Zezé de Camargo”.

A partir da veiculação de tal conteúdo pelos réus, a notícia espalhou-se rapidamente, sendo inclusive capa de algumas revistas. A partir de então, o autor e sua família passaram a receber diversas ligações e, a despeito da Sra. Mariana Kupfer, inclusive, ter divulgado notas desmentindo os tópicos, esses “trouxeram e ainda trazem constrangimentos ao autor”, pois refletiram negativamente em sua vida pessoal e profissional, notadamente por “prestar informações a diversos jornais e revistas, sem contar as inúmeras notas por sua assessoria de imprensa”, o que poderia ter sido facilmente evitado acaso os réus tivessem checado a veracidade da informação divulgada.

Pleiteou a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização, dando como parâmetro o valor de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais).

Citados os réus, esses contestaram o feito (fls. 130-144), aduzindo, em suma, a ausência de comprovação dos danos alegados e a inocorrência de abalo ante o fato do demandante ser pessoa pública que há anos “ocupa a manchete dos principais jornais, revistas e programas televisivos, que noticiam, dentre outras coisas, supostas ‘escapadas’ do autor e a separação do casal, nunca tendo havido qualquer preocupação na preservação de sua imagem”.

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido para condenar os réus, solidariamente, à reparação do dano moral, atribuindo a esse o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), devidamente corrigido e com juros da data do evento danoso até o efetivo pagamento, bem ainda ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Ambas as partes apelaram, o autor objetivando a majoração do *quantum* indenizatório e os réus a improcedência do pedido. O Tribunal carioca deu provimento ao apelo dos demandados e desproveu o do autor, nos termos da seguinte ementa:

Ação indenizatória por danos morais. Notícia jornalística. Indicação de possível paternidade. Improcedência do pedido que se impõe.

1. Conhecido cantor sertanejo a quem foi atribuída a possibilidade de ser o pai da criança esperada por também famosa atriz;
2. Notícia publicada em coluna especializada em “fofocas” do mundo artístico e que apenas afirmou haver rumores da paternidade. Na mesma notícia já constava o desmentido da assessoria do cantor;
3. A lide deve ser apreciada no contexto social em que surge. E no nosso sistema latino-americano de moralidade, ser apontado como responsável pela gravidez de exuberante atriz não gera qualquer desdouro para o Autor. Muito pelo contrário.
4. Ausência de efetivo abalo à carreira ou boa imagem do Autor, que já frequentava os noticiários anteriores com rumores sobre o fim de seu casamento e relacionamento com outras mulheres;
5. Recurso da empresa jornalística conhecido e provido para se julgar improcedente o pedido indenizatório. Recurso do Autor improvido.

Opostos embargos infringentes pelo acionante, foram acolhidos, com a modificação do acórdão em julgado assim ementado:

Apelação cível. Direito Constitucional. Ação indenizatória. Publicação de nota jornalística. Responsabilidade subjetiva. Reparação por danos morais.

1. É certo que o direito à liberdade da manifestação do pensamento e de comunicação, previsto no art. 220, *caput*, da CRFB/1988, deve ser exercitado com responsabilidade, a fim de não serem violadas a honra e a imagem de qualquer pessoa.
2. Assim é que, se, por um lado, não se admite a censura ou qualquer espécie de restrição aos órgãos de comunicação, com o escopo de proteger um dos

direitos mais caros à nação, qual seja, o da liberdade de expressão, por outro lado, deve-se coibir o abuso e eventuais desvios praticados com o intuito não de informar, mas de ofender e difamar, preservando-se, enfim, os direitos também fundamentais à honra e à dignidade da pessoa humana.

3. Na hipótese dos autos, verifica-se que os réus extrapolaram os limites da simples informação ao divulgarem notícia anônima, cuja veracidade sequer poderia ser certificada, com o claro intuito de fabricar notícia e chamar a atenção do público, aumentando as vendas dos exemplares do jornal em comento.

4. O texto veiculado não possui qualquer intento informativo ou instrutivo, mas expunha, desnecessariamente, a vida íntima e particular dos envolvidos, especialmente do ora embargante.

5. Notícias inverídicas ou fabricadas devem ser evitadas e repreendidas, pois representam abuso do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento, abuso este cuja repercussão pode ser maior do que a inicialmente esperada, ensejando consequências graves, já que o dano, em tais casos, dificilmente pode ser consertado.

6. Há que se ter responsabilidade na publicação de matérias na imprensa, cuja finalidade deve ser, sobretudo, informar corretamente acerca de fatos existentes, não cria-los, maliciosamente.

7. Ainda que não se tenha comprovado qualquer dano real provocado pela divulgação do boato, sua repercussão negativa, nesse caso, é presumida, em razão da situação constrangedora provocada ao embargante e seus familiares.

8. Destarte, entendo que deve prevalecer o entendimento do voto vencido, de relatoria da Des. Lúcia Maria Miguel da Silva Lima, que mantinha a sentença condenatória.

9. Provimento do recurso para reformar o v. acórdão de fls. 338/341 e tornar prevalente o voto vencido de fls. 342/348, que mantinha a sentença condenatória, em seus próprios termos.

Opostos embargos de declaração pelos réus, esses foram rejeitados pelo acórdão de fls. 459-461.

Nas razões do recurso especial (fls. 463-508), alegam as insurgentes, além de dissídio jurisprudencial, violação aos artigos 165, 458, inciso II e 535, inciso II, todos do CPC/1973; 186, 188, inciso I, 927 e 944 do Código Civil.

Sustentam, em síntese: a) negativa de prestação jurisdicional em razão de não ter o Tribunal *a quo* se manifestado acerca de questões imprescindíveis ao correto julgamento da controvérsia, notadamente a manifestação acerca dos artigos 186, 188, inciso I, 407, 927, *caput*, e 944 do Código Civil; b) ausência dos requisitos para a responsabilização civil, pois não comprovados o dano, o nex

causal e o dolo ou a culpa na atuação daqueles a quem se imputa a prática do ato reputado como ilícito; c) subsidiariamente, caso não acolhido o afastamento da responsabilidade civil, pleiteiam a redução do valor indenizatório fixado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por ser exorbitante; d) o termo inicial dos juros moratórios deve ser a data da decisão na qual fixada a verba indenizatória.

Contrarrazões às fls. 584-595.

Inadmitido o recurso na origem, adveio o agravo (art. 544 do CPC/1973) visando destrancar aquela insurgência, o qual este signatário acolheu e determinou a sua conversão em recurso especial para melhor exame da controvérsia.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Ementa: Recurso especial. Ação condenatória por dano moral decorrente de alegada violação a direito de personalidade derivado de publicação de nota em coluna de “fofoca” de jornal. Tribunal *a quo* que reformou decisão de primeiro grau e acolheu o pedido para condenar os réus ao pagamento de indenização.

Insurgência recursal dos demandados.

Hipótese: Cinge-se a controvérsia a respeito da responsabilidade civil de órgão de comunicação e respectivo jornalista pela publicação de nota (fofoca) veiculadora de alegada lesão ao patrimônio moral do autor, pessoa conhecida e famosa no cenário artístico brasileiro.

1. Quanto à apontada violação dos artigos 165, 458, inciso II e 535, inciso II, todos do CPC/1973, aplicável à hipótese o óbice da Súmula 284/STF, porquanto das razões recursais não é possível extrair qual o objeto de irresignação dos recorrentes, uma vez que apenas alegaram, genericamente, a ocorrência de omissão no julgado quanto aos dispositivos apontados, sem especificação das teses que supostamente deveriam ter sido analisadas pelo acórdão recorrido.

2. Inaplicável o óbice sumular n. 7/STJ, pois incontroverso o teor da notícia veiculada pelos recorrentes e, estando tal conteúdo afeto exclusivamente à ponderação/valoração jurídica acerca da potencialidade ofensiva dos fatos tidos como certos e inquestionáveis,

expressamente delineados pelas instâncias ordinárias, descabida a incidência do referido enunciado sumular. Precedentes.

3. No caso, a nota publicada não encontra amparo na liberdade de expressão, visto não se extrair de seu teor qualquer manifestação de ideia, tese, pensamento do locutor, mas apenas a veiculação de notícia especulativa sobre fato concreto concernente à gravidez de famosa atriz. Está, sim, vinculada especificamente à liberdade de imprensa, que não admite censura ou restrições prévias aos órgãos de comunicação, uma vez que considerados veículos formadores e informadores da opinião pública, face a influência que exercem sobre o comportamento social e estatal, por meio da revelação de fatos/acontecimentos cuja informação é socialmente relevante em todas as esferas cujo destaque/realce seja considerado importante para o receptor da notícia.

4. A liberdade de imprensa encontra freios na veracidade da notícia veiculada e na relevância pública da divulgação, essa que deve ser analisada sob a ótica do receptor. Assim, acaso exposta a vida íntima, e violada a honra/dignidade do indivíduo noticiado em razão da falsa informação ou em virtude do excesso na exposição da intimidade alheia, exposição midiática essa que diga respeito única e exclusivamente ao âmbito privado da pessoa, tem-se caracterizada a violação, não por cerceio à manifestação do pensamento/informação, mas por excesso cometido pelo órgão da comunicação.

5. Na espécie, a notícia fora veiculada em coluna específica, largamente conhecida e considerada de “fofoca”, sendo que tanto o articulista quanto a empresa jornalística se cercaram dos procedimentos reputados necessários para salvaguardar o direito de resposta aos envolvidos até mesmo antecipadamente à divulgação da nota, tanto que no próprio corpo da matéria já veicularam a não confirmação do fato segundo a aversão do artista. Ainda que ocorra, de algum modo, a exposição da vida íntima de pessoa pública famosa, é inegável que o cantor em evidência é personalidade que, em razão da posição social ocupada, possui, sim, a esfera de sua vida privada sensivelmente reduzida.

5.1 O artista que atua junto ao público, talvez mais do que qualquer outro profissional, sujeita-se a casuais indisposições/infortúnios decorrentes de boatos relacionados à sua carreira e vida

privada face o interesse que o encanto pela sua personalidade exerce perante a sociedade, motivo pelo qual afigura-se inviável pressupor, à generalidade, eventual potencialidade ofensiva em afirmação notoriamente expedida à guisa de comentário acerca de falatório oriundo desse ambiente, visto que o dano moral deve ser constatado mediante a análise concreta da sua efetiva ocorrência.

5.2 Não se evidencia, na hipótese ora em foco, a alegada potencialidade ofensiva, notadamente em virtude de o próprio Tribunal *a quo* afirmar não ter sido “comprovado qualquer dano real provocado pela divulgação do boato”.

6. Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido.

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

1. Quanto à preliminar de violação dos artigos 165, 458, inciso II e 535, inciso II, todos do CPC/1973, aplicável à hipótese o óbice da Súmula 284/STF, porquanto das razões recursais não é possível extrair qual o objeto de irresignação dos recorrentes, uma vez que apenas alegaram, genericamente, a ocorrência de omissão no julgado quanto aos dispositivos apontados, sem demonstrar, de forma objetiva, a imprescindibilidade da manifestação sobre tais artigos.

Há somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, sem especificação das teses que supostamente deveriam ter sido analisadas pelo acórdão recorrido, motivo pelo qual inviável o acolhimento da apontada negativa de prestação jurisdicional. Assim, ante a deficiente fundamentação do recurso nesse ponto, incide a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicada por analogia: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*”.

Nesse sentido: AgRg no AREsp 578.636/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10.03.2015, DJe 16.03.2015; AgRg no AREsp 511.129/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 05.03.2015, DJe 12.03.2015; AgRg no REsp 1.348.147/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 03.03.2015, DJe 10.03.2015; REsp 1.352.486/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 03.02.2015, DJe 12.02.2015.

Ademais, verifica-se que as deliberações tomadas pelo Tribunal carioca possuem fundamentação clara e robusta, não sendo possível acolher a preliminar

tão somente em razão de aquela Corte ter julgado contrariamente aos interesses dos ora insurgentes.

2. Cinge-se a controvérsia a respeito da responsabilidade civil dos réus pela autoria e publicação de nota jornalística (fofoca) supostamente veiculadora de lesão ao patrimônio moral do autor, pessoa conhecida e famosa no cenário artístico brasileiro.

Antes, porém, de elencar a fundamentação jurídica sob a qual se ampara este signatário para conferir trânsito à insurgência, com a efetiva aplicação do direito à espécie, afigura-se imprescindível realizar a transcrição *in totum* da nota publicada, que está expressa no acórdão dos embargos infringentes com o seguinte teor:

Pronto, Falei!

- Grávida de 7 meses de Victoria, Mariana Kupfer esconde a sete chaves a identidade do pai de sua filha.

Quando questionada, a moça ri, faz rodeios, sai pela tangente. As amigas mais próximas da moça, no entanto, andam espalhando por São Paulo que ela está grávida de Zezé di Camargo e que só não contou antes para preservar o casamento do cantor.

- Procurada, a assessoria de imprensa de Zezé negou que ele seja o pai do bebê de Mariana e afirmou que os dois não se conhecem. O cantor classifica a história como “absurda” e diz que “não há a menor possibilidade de ele ter engravidado Mariana”.

Como se vê, incontroverso é o teor da nota publicada, o que afasta a aplicação do óbice da Súmula 7/STJ ao caso, pois não estão os recorrentes pretendendo a modificação dos fatos, pois, inclusive, confirmam o ocorrido em todas as peças processuais.

Sobre a questão envolvendo o mencionado óbice sumular, não se pode olvidar a existência de julgados desta Corte de Justiça que aplicam o aludido enunciado, em casos nos quais também se discute a existência de responsabilidade civil decorrente de publicação de matéria jornalística, tenha ela sido realizada de forma escrita ou verbalizada, impressa, televisionada, constante em blogs, sites, redes sociais, dentre outros. Cita-se, a propósito: AgRg no AREsp 7.023/SE, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 30.04.25013 e AgRg no AREsp 36.522/RJ, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 04.12.2013.

Certamente, a aplicação do enunciado é casuística, baseada nas peculiaridades de cada hipótese em exame, bem como nas razões da insurgência, cuja pretensão afigura-se tendente ao indevido revolvimento de provas.

Contudo, em hipóteses como a que ora se apresenta, estando a controvérsia afeta exclusivamente à ponderação/valoração jurídica acerca da potencialidade ofensiva dos fatos tidos como certos e inquestionáveis, expressamente delineados pelas instâncias ordinárias, descabida a incidência do Enunciado n. 7/STJ.

Nesse sentido:

Direito Civil e Processual Civil. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Matéria jornalística considerada lesiva à honra do autor baseada em informação prestada pelos recorridos. Dissídio jurisprudencial. Similitude fática não demonstrada. Responsabilidade subjetiva. Art. 186 do CC/2002. Elementos. Ação ou omissão e nexo causal incontroversos. Potencialidade ofensiva dos fatos. Valoração da prova. Ausência do obstáculo da Súmula 7/STJ. (...) 4. Cingindo-se a controvérsia à valoração da potencialidade ofensiva dos fatos tidos como certos e inquestionáveis, ou seja, matéria jurídica de interpretação do alcance dos arts. 186 do CC/2002 e art. 159 CC/1916, não há que se falar em óbice da Súmula 7/STJ. (...) 9. Recurso especial provido. (REsp 884.009/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10.05.2011, DJe 24.05.2011)

Nessa linha de entendimento, destacam-se inúmeros julgados deste Tribunal Superior que adentraram na análise meritória dos feitos e decidiram sobre a existência de responsabilidade civil decorrente de publicação de matéria jornalística, reformando-se, em muitos deles, o desfecho conferido pela instância precedente. A propósito: REsp n. 801.109/DF, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 12.03.2013 e REsp 296.391/RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 06.04.2009.

2.1 Cabe fazer uma breve digressão acerca da ausência, no caso, de violação à *liberdade de expressão*, porquanto *não é o que se apresenta na hipótese ora em julgamento, haja vista não constituir a nota publicada opinião, crítica, pensamento, tese, ideia, do locutor*.

O princípio da liberdade de expressão resulta da atribuição de significado ao texto do inciso IV do art. 5º da CF/1988, que prevê “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como do inciso IX do mesmo artigo da Carta Magna, que dispõe “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

A liberdade de expressão, por suas características, permanece em constante tensão com outros bens constitucionalmente protegidos e assume particular relevo diante do avanço dos meios de comunicação, quando se tornam muito tênues os limites jurídicos entre os fatos da vida privada de uma pessoa pública que podem ou não ser noticiados, comentados, expostos, criticados, ponderados, explicados, interpretados, caçoados, etc.

Afinal:

(...) os direitos individuais, conquanto previstos na Constituição, não podem ser considerados ilimitados e absolutos, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. Fala-se, hoje, não mais em direitos individuais, mas em direitos do homem inserido na sociedade, de tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas com enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de Direito, tanto os direitos como as suas limitações. (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93)

Esse, como qualquer outro princípio, não contém em si um caráter absoluto, capaz de se fazer impor e sobrepor aos demais valores constitucionalmente garantidos, pois, como esclarece o Ministro Luís Roberto Barroso, coexiste com os demais princípios constitucionais:

Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um (valor constitucional) sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. (Barroso, Luis Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 265).

*Assim, a nota publicada não encontra amparo na liberdade de expressão. Está afeta à **liberdade de imprensa** tanto que a controvérsia foi analisada pelas instâncias ordinárias em estreita vinculação ao capítulo da comunicação, notadamente do artigo 220, caput, da Constituição Federal, assim redigido:*

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Nessa ordem, o valor da intimidade/dignidade, positivado constitucionalmente como princípio extraído do texto do artigo 5º, inciso X,

da Constituição Federal que prevê “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, ante a aplicação do princípio da proporcionalidade, mediante o uso a técnica da ponderação de interesses, o qual, diga-se - somente pode ser realizado no contexto do caso concreto -, *pode* se contrapor ao valor positivado da liberdade de imprensa.

A liberdade de imprensa constitui efetiva manifestação de direito público, sendo instrumento de sustentação do pacto constitucional, que visa proteger e salvaguardar um dos direitos mais fundamentais da nação - a liberdade de expressão - motivo pelo qual não se admite censura ou restrições *prévias* aos órgãos de comunicação. É o veículo formador e informador da opinião pública, face a influência que exerce sobre o comportamento social e estatal, por meio da revelação de fatos/acidentes cuja informação é *socialmente relevante*, não só no campo econômico, político, histórico, tecnológico, científico, mas também em todas as esferas cujo destaque/realce seja considerado importante para o *receptor da notícia*.

Não se olvida que esta Corte já tenha externado entendimento no sentido de que a mera curiosidade movida pelo diletantismo de alguns, tanto na divulgação de notícias, quanto na busca de fatos que exponham a vida íntima, notadamente, daquelas pessoas com alguma notoriedade no campo midiático, não é de ser encarada como de interesse social, a justificar a atenção dos organismos de imprensa, como ponderou o e. Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do REsp n. 713.202/RS.

Porém, a análise ali realizada estava limitada à ponderação dos valores envolvidos naquela demanda específica, à magnitude e o formato da notícia, os danos efetivamente causados às partes *naquele específico caso*, haja vista que a fim de constatar eventual e singela prevalência de um princípio sobre o outro, é necessário realizar uma adequada ponderação entre esses valores na determinada e singular conjuntura submetida ao crivo do judiciário.

Não se afigura possível transcender a análise pontual realizada em uma determinada circunstância para outras situações, ainda que similares, porquanto a avaliação e proporcionalidade dos valores envolvidos é realizada de forma rigorosa e particular e não mediante o cotejo fático entre os julgados a fim de estabelecer o liame norteador da deliberação.

Pontuado isso, é efetivamente importante ressaltar que, em se tratando de pessoa notória/famosa, o âmbito de sua vida privada reduz-se, de forma sensível,

pois no tocante às pessoas célebres, a coletividade tem maior interesse em conhecer-lhes a vida íntima, as reações experimentadas, os interesses e desejos, bem ainda as peculiaridades. Isso não conduz, necessariamente, à afirmação de que toda e qualquer nota/notícia/comentário divulgado a respeito da pessoa pública seja considerado permitido, não ofensivo, incapaz de gerar efeitos/danos à intimidade e imagem.

A liberdade de imprensa encontra freios na veracidade da notícia veiculada e na relevância pública da divulgação - acaso exposta a vida íntima, e violada a honra/dignidade da pessoa noticiada, seja em razão da inverossimilhança da informação ou em virtude do excesso na exposição da intimidade alheia, exposição midiática essa que diga respeito única e exclusivamente à esfera íntima da vida privada do indivíduo - tem-se a violação à liberdade de imprensa, não por cerceio à manifestação do pensamento/informação, mas por excesso cometido pelo órgão da comunicação.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

Direito Civil. Imprensa televisiva. Responsabilidade civil. Necessidade de demonstrar a falsidade da notícia ou inexistência de interesse público. Ausência de culpa. Liberdade de imprensa exercida de modo regular, sem abusos ou excessos.

- A lide deve ser analisada, tão-somente, à luz da legislação civil e constitucional pertinente, tornando-se irrelevantes as citações aos arts. 29, 32, § 1º, 51 e 52 da Lei n. 5.250/1967, pois o Pleno do STF declarou, no julgamento da ADPF n. 130/DF, a não recepção da Lei de Imprensa pela CF/1988.

- *A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.*

- *A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público.*

- *O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.*

- *O jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque*

os meios de comunicação, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição.

Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.

- A reportagem da recorrente indicou o recorrido como suspeito de integrar organização criminosa. Para sustentar tal afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: (i) a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia crime; (ii) a opinião de um Procurador da República. O repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatório. Houve busca e apreensão em empresa do recorrido e daí infere-se que, aos olhos da autoridade judicial que determinou tal medida, havia fumaça do bom direito a justificá-la. Ademais, a reportagem procurou ouvir o recorrido, levando ao ar a palavra de seu advogado. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, se divulgava em cadeia nacional.

- A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente.

Recurso especial provido.

(REsp 984.803/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe 19.08.2009)

Certamente, os operadores do direito há muito se dedicam a analisar os efeitos das manifestações de pensamento/comunicação, tendo, inclusive, no âmbito penal, procurado penalizar aqueles que cometem injúria, calúnia e difamação, crimes integrantes do denominado “trio da fofoca”. Fofoca, boato, falatório, mexerico, especulação, todos são sinônimos do ato de fazer afirmações não baseadas em fatos concretos.

A mídia, por intermédio de todos os seus canais de comunicação, não tem sua esfera de atuação limitada à divulgação de fatos políticos, econômicos, sociais, tecnológicos, científicos, históricos, dentre outros considerados especialmente relevantes por serem considerados formadores de opinião pública, e também instrutivos/educativos. Os meios de comunicação se valem de informações por vezes consideradas supérfluas e sem relevância sob a ótica de determinados receptores da notícia, porém, isso não inviabiliza que outros a

considerem extremamente significativa, afinal, as singularidades e interesses dos destinatários é múltipla. Sob essa ótica, a vida pública e particular de pessoas famosas são temas constantemente visitados, tanto em virtude da popularidade, quanto em razão de a coletividade ter maior interesse em conhecer-lhes a vida íntima e particular face o encanto pelo seu trabalho artístico.

Não se olvida, também, que os indivíduos popularmente famosos, ao utilizarem a sua imagem, enquanto pessoa pública, fazem uso dos meios de comunicação para se manterem nesse *status*, sendo sabedores de que em virtude disso o âmbito de sua privacidade fica reduzido, bem ainda de, em certa medida, esse fascínio ser a razão pela qual a sua popularidade é ampliada e/ou mantida.

Pois bem, no caso concreto, o Tribunal de origem, especificamente no acórdão dos embargos infringentes, afirmou terem os réus extrapolado “os limites da simples informação ao divulgarem *notícia anônima, cuja veracidade sequer poderia ser certificada, relacionada à vida pessoal do autor*, com o claro intuito de fabricar notícia e chamar a atenção do público, aumentando as vendas dos exemplares do jornal em comento”, bem ainda de o texto veiculado não possuir “qualquer intento informativo ou instrutivo”. (fls. 447) - sem grifos no original

Aduziu, também o seguinte: “*ainda que não se tenha comprovado qualquer dano real provocado pela divulgação do boato, sua repercussão negativa, nesse caso, é presumida*, em razão da situação constrangedora provocada ao embargante e seus familiares”. (fls. 448) - sem grifos no original

Não se desconhece que a informação sob o ponto de vista dos intelectuais e educadores careça de fins instrutivos, tendentes a formação erudita/escolástica dos interlocutores da notícia. Efetivamente, a nota publicada, bem ainda vultosa quantidade de informes difundidos por órgãos de imprensa, notadamente dos meios de comunicação que exploram o referido fascínio de fãs, pouco ou nada contribuem para o desenvolvimento de uma sociedade do conhecimento, com educação, instrução, preparo de uma coletividade com foco, apenas, no crescimento e progressão da humanidade. *Entretanto, nem por isso deixam de contribuir para o fomento da recreação, do divertimento, entretenimento e, mesmo, para com a cultura e artes.*

Como visto, a relevância social da informação não é limitada aos campos da economia, política, tecnologia, história, ciência, dentre outros; a pertinência vincula-se a todos os assuntos cuja mensagem seja considerável para o receptor da notícia, na hipótese, leitores da coluna de “fofoca” Retratos da Vida do Jornal Extra do Rio de Janeiro.

Em que pese seja discutível o destaque público da informação quando analisada apenas pela ótica de seus destinatários, certo é que *a divulgação da matéria cercou-se dos procedimentos reputados necessários para salvaguardar o direito de resposta aos envolvidos*, isto é, a sua versão quanto ao fato veiculado, motivo pelo qual ainda que tenha de algum modo exposto a vida íntima e privada de pessoa pública famosa, acautelou-se para, de imediato, divulgar, com a mesma evidência, o desmentido sobre o episódio tratado na matéria.

O artista, talvez mais do que qualquer outro profissional evidenciado ao público, sujeita-se a casuais indisposições/infortúnios decorrentes de boatos relacionados à sua conduta profissional e vida privada face o interesse que o encanto pela sua personalidade exerce perante a sociedade, motivo pelo qual afigura-se inviável pressupor, à generalidade, a eventual potencialidade ofensiva do falatório, visto que deve ser evidenciado mediante a análise concreta de sua ocorrência.

E no caso ora em foco, *não se evidencia a alegada potencialidade ofensiva, notadamente em virtude de o próprio Tribunal a quo afirmar não ter sido “comprovado qualquer dano real provocado pela divulgação do boato”* (fls. 448).

Ora, não se afigura possível presumir o dano moral na espécie, pois a despeito de a análise permear eventual lesão a direito da personalidade (imagem, honra, privacidade) – dano moral objetivo que enseja prejuízo a partir da simples violação da proteção a ele conferida –, *no caso, esse atentado não ocorreu, face a ausência da aventada capacidade invasiva/prejudicial do comunicado publicado, obviamente, levando-se em conta tratar-se de pessoa pública famosa*.

Pela simples averiguação do informe veiculado, verifica-se não se tratar de notícia anônima cuja veracidade sequer poderia ser certificada como afirmou o Tribunal *a quo*. Diversamente, constitui declaração fidedigna sobre fato/evento concreto ao relatar estar famosa atriz grávida de sete meses, e de esta não declinar, em que pese questionada, a identidade do pai da criança.

Em razão das amigas da gestante terem alardeando a possibilidade de célebre cantor ser o genitor da infante, *a própria nota jornalística informa, imediatamente, ter procurado a assessoria de imprensa do sertanejo para que se manifestasse sobre o boato, oportunidade na qual, considerando o mexerico absurdo, afirmou, categoricamente, não ser ele o pai da criança, pois nem mesmo conhecia a referida atriz*, tendo tal informação sido expressamente mencionada na referida proclamação.

Ou seja, contrariamente ao afirmado pela Corte carioca, *antes mesmo da publicação da nota, fora desde logo apurada a inveracidade da fofoca relacionada à paternidade da bebê*. Tanto é que, a própria atriz veio a público confirmar, tal como já referido pela assessoria de imprensa do cantor e referido na nota, não ser ele o pai de sua filha, oportunidade na qual declarou ter realizado procedimento de concepção artificial.

No Código de Ética dos jornalistas FENAJ (Federação Nacional dos Jornalistas, 2010) encontram-se os dispositivos que remetem à obrigação de relatar a verdade:

Art. 2º Como o acesso à informação de relevante interesse público é um direito fundamental, os jornalistas não podem admitir que ele seja impedido por nenhum tipo de interesse, razão por que:

I - a divulgação da informação precisa e correta é dever dos meios de comunicação e deve ser cumprida independentemente da linha política de seus proprietários e/ou diretores ou da natureza econômica de suas empresas;

II - a produção e a divulgação da informação devem se pautar pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público;

[...]

Art. 4º O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade no relato dos fatos, deve pautar seu trabalho na precisa apuração dos acontecimentos e na sua correta divulgação.

Art. 7º O jornalista não pode:

[...]

II - submeter-se a diretrizes contrárias à precisa apuração dos acontecimentos e à correta divulgação da informação;

Art. 12. O jornalista deve:

[...]

VI - promover a retificação das informações que se revelem falsas ou inexatas e defender o direito de resposta às pessoas ou organizações envolvidas ou mencionadas em matérias de sua autoria ou por cuja publicação foi o responsável;

O conceito de verdade se consubstancia em noticiar sem criar, distorcer ou deturpar fatos, porquanto o jornalista, em razão da sua função e do atendimento aos fins dos organismos de comunicação (imprensa), tem a obrigação de ser honesto e veraz.

Independente dos critérios adotados para se estabelecer a “verdade”, muitas vezes múltipla em razão da visão dos personagens envolvidos na divulgação, deve-se levar sempre em consideração a dificuldade existente para apurá-la, notadamente quando a declaração acerca de fatos/acontecimentos sejam relacionados à vida privada dos indivíduos. Por essa razão, a reportagem deve sempre contemplar todas as versões existentes sobre os fatos divulgados.

É comum e equívoco que o jornalista somente se refira a um desdobramento da história, diga-se, *o que não aconteceu no presente caso*. Para ser um fiel transmissor de informações e prevenir-se de responsabilidade deve o divulgador buscar todas as versões ou, ao menos, publicar aquela de quem poderia ser prejudicado pela informação. Demais disso, deve, também o jornalista torna-se acessível a versões que venham a surgir ulteriormente, colocando-se a disposição para divulgá-las e assim contribuir para a melhor explicação do fato.

Na hipótese, diversamente do mencionado pelo Tribunal *a quo*, não ocorreu a alegada fabricação maliciosa/ardilosa de notícia inverídica, mas apenas a divulgação de fato envolvendo a gravidez de atriz com a apuração preliminar acerca da versão do cantor sertanejo quanto à hígidez dos boatos envolvendo a paternidade, boatos esses que, não se olvide, estavam efetivamente ocorrendo.

Ademais, como mencionado pelo próprio demandante, a notícia não fora publicada em primeira página de grande jornal, mas sim em coluna especializada em “fococas” do mundo artístico. Pela simples leitura da nota não se depreende tenha afirmado categoricamente que o autor era o pai da criança, mas apenas, que amigas da atriz grávida aventaram a possibilidade - *diga-se, prontamente rechaçada, inclusive antes da divulgação ao público leitor* - de a paternidade ser do cantor, tendo feito publicar na mesma oportunidade o desmentido pela assessoria do sertanejo, ou seja, divulgando as versões existentes sobre o fato considerado, notadamente daquele que poderia se sentir prejudicado pela publicação da informação.

E, também, consoante afirmado pelo relator do acórdão da apelação, não há qualquer dano efetivo oriundo da notícia, pois “como demonstrado na resposta, o autor já apareceu em noticiários anteriores com rumores sobre o fim de seu casamento e relacionamento com outras mulheres (fls. 159, 161, 162, 167/169)”.

Assim, restou incontroverso que a notícia decorreu de publicação de fofoca em setor do veículo de comunicação conhecido por tal prática.

A. e. Ministra Nancy Andrigli, no bojo do REsp n. 1.082.878/RJ, julgado em 14.10.2008, assim afirmou:

Não se desconhece, inclusive, que em certas profissões – por exemplo atores e atrizes de televisão, músicos, dançarinas, jogadores de futebol – a divulgação das chamadas “fofocas” chegam, em certos casos, até mesmo a beneficiar-lhes, contribuindo com a idéia de *glamour* que ronda tais carreiras.

Célebres cantores e artistas, que encantam multidões, como é o caso do autor, geram em seu público um verdadeiro sentimento de afeto, motivo pelo qual o que se passa na vida particular do artista interessa, em grande medida, ao público de maneira geral, indo além do encanto pelo trabalho artístico propriamente dito.

Desta forma, mediante a rigorosa avaliação da proporcionalidade dos valores envolvidos, a magnitude do informe (jornal local), o formato da notícia (fofoca em coluna específica para referência a famosos) e a ausência de comprovação dos danos causados à parte autora no presente feito, impositiva a prevalência da liberdade de imprensa no presente caso, ante a ausência de ofensa aos direitos da personalidade (imagem, honra, privacidade).

3. Do exposto, passada a preliminar, dou provimento ao recurso especial a fim de julgar improcedente o pedido inicial, nos termos do acórdão da apelação. Custas e honorários advocatícios sucumbenciais pelo autor, esses últimos restabelecidos consoante delimitado pelo acórdão da apelação em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), 10% do proveito econômico da demanda, nos termos do artigo 85, § 2º do NCPC.

Ante o provimento do principal, ficam prejudicados os pleitos subsidiários relacionados aos juros moratórios e valor da condenação.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Senhora Presidente, Colegas, ouvi com atenção a combativa sustentação e também o voto que nos traz o Ministro Marco Buzzi, com precisão.

Essa questão, de fato, é tormentosa, mas, nesse caso, a solução, parece-me, como foi engendrada pelo eminente Relator, fica de alguma maneira mais simplificada. Isso porque, penso eu, ele destaca muito nitidamente alguns aspectos que são adequados na ponderação que Sua Excelência fez para a resolução do caso concreto, na ponderação de valores, na ponderação de princípios.

O primeiro ponto que ele destaca, que é realmente relevante, é a natureza da notícia. Não se trata de uma opinião, trata-se de uma notícia. E, muito importante, uma notícia veiculada em um jornal e em um local próprio para essas notícias relacionadas à vida privada de artistas. Não se trata aqui de um jornal ou de um ponto do jornal em que se fala de economia ou de política, o que seria uma invasão, uma distorção. Aqui se trata justamente de uma coluna própria para isso. Quem lê é quem quer saber da vida efetivamente de artistas, de pessoas importantes; portanto, no local adequado.

O segundo aspecto é a natureza da notícia. Não foi veiculado em nenhum momento que ele seria o pai. A notícia diz: está circulando que as amigas mais próximas da moça andam espalhando por São Paulo que ela está grávida de Zezé Di Camargo. Basta acessar a internet e verificar que esse boato era verdadeiro, há efetivamente essa notícia espalhada. Por outro lado, como ressaltou o eminente Relator, na mesma notícia já veio o desmentido dele próprio. Ele disse: “Não, o filho não é meu”.

Por fim, além desses aspectos também destacados pelo eminente Relator, há a natureza bastante distinta da situação de outros precedentes que julgamos, porque aqui se trata de um cantor. Naquele caso invocado também pelo Relator, relacionado a uma notícia em que afirmamos o dano à honra, o recorrido era o treinador Paulo Roberto Falcão, e naquela situação, julgada aqui na Quarta Turma, minha relatoria, houve ampla divulgação de uma entrevista da ex-companheira em que ela assacava contra a honra dele. Ali o jornal se propunha a propalar essas declarações. Coisa absolutamente diferente da que ora está em exame.

De modo que as pessoas que são públicas, notadamente os artistas, com a sua vida privada... Claro que há um limite entre a vida estritamente privada e a vida pública do artista ou da pessoa pública, claro que há um limite para a notícia. Não creio que seja esse, porque justamente as pessoas querem saber se ele se separou, se ele teve um filho, se ele não teve. É um desdobramento da condição dele de artista, ainda mais um artista com a expressão que ele tem.

Portanto, quero cumprimentar o eminente Relator. Foi de uma sensibilidade, a meu juízo, bastante apurada; conseguiu com simplicidade resolver uma questão intrincada, colocando todos os pontos necessários à solução do litígio.

Peço para subscrever o seu voto e acompanhá-lo integralmente.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Cumprimento o advogado pela combatividade e o Relator pelo primoroso voto, do qual peço a máxima vênia, todavia, para divergir, porque entendo que, no presente caso, não se põe uma questão de liberdade de imprensa. A liberdade de imprensa é assegurada; tanto é assegurada que foi divulgada essa nota em coluna dedicada a fofocas. Naturalmente, quem lê uma coluna de fofocas sabe que pode ou não ser verdade. E sequer afirmava a nota que a fofoca era verdade, afirmava que o autor da ação havia negado o fato, mas não afirmava se a grávida o havia ou não confirmado. Lançava a fofoca; e isso foi amplamente a partir dessa nota, da qual a fofoca migrou para vários outros veículos, até em capas de revistas, todas elas de fofocas, mas mereceu capas a partir daí.

Analisando a contestação, verifico que não há nenhuma controvérsia quanto ao fato de que essa fofoca surgiu de uma fonte anônima. O próprio réu, a Infoglobo, afirma na contestação que essa fofoca foi extraída pelo autor da matéria de uma fonte anônima cujo sigilo é preservado. A partir da liberdade de imprensa – há uma proibição absoluta de controle prévio da imprensa –, qualquer coisa, por mais escabrosa que seja ou não seja, verossímil ou inverossímil, pode amplamente ser divulgada, a princípio, em uma pequena coluna e, depois, ganhar a primeira folha de revista, a primeira página, e não há possibilidade de controle prévio disso. Mas a pedra de toque do sistema de liberdade de imprensa é o controle *a posteriori*, ou seja, é a responsabilidade de quem publica a nota, ou a notícia, ou a informação, e isso foi expressamente ressalvado pelo Supremo Tribunal Federal em reiteradas oportunidades.

Nesse sentido, extraio trecho do voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI n. 4.815/DF, no qual se assenta que liberdade e responsabilidade são lados da mesma moeda, exercendo cada uma o dever de proporcionar o exercício da outra, assim como a sua limitação, em sua exata medida:

42. Democracia é modelo de convivência social na qual se respeitam direitos e liberdades, cada um respondendo – sendo responsável – pelo que exorbitar do que posto no sistema jurídico.

Não há democracia sem responsabilidade pública e cidadã. Ausência de responsabilidade não prospera sequer na acracia. Nem a ausência de governo pode ser confundida com desgoverno.

(...)

O dever de respeito ao direito do outro conduz ao de responder nos casos em que, mesmo no exercício de direito legitimamente posto no sistema jurídico, se exorbite causando dano a terceiro.

43. Quem informa e divulga informação responde por eventual excesso, apurado por critério que demonstre dano decorrente da circunstância de ter sido ultrapassada esfera garantida de direito do outro.

A informação, a exposição e a divulgação de dado podem gerar dano como qualquer outro agir humano. Inúmeras vezes este Supremo Tribunal debruçou-se sobre esse tema e concluiu, com fundamento em normas constitucionais e legais, que a responsabilização compõe o sistema de liberdades (ADPF n. 130, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ 13.11.2009; AI n. 595.395/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 3.8.2007; Rcl n. 9.428/DF, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário, DJ 25.6.2010; ADI n. 4.451-MC-REF/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJ 24.8.2012; e RE n. 511.961/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ 13.11.2009).

(...)

45. A responsabilidade civil, administrativa, contratual ou extracontratual evoluiu na ordenação do direito. No Brasil, a Constituição elevou a matéria à categoria de elemento fundamental de equilíbrio sistêmico, garantindo a mais ampla liberdade e fazendo a ela corresponder igual responsabilidade.

(...)

46. A responsabilidade constitucionalmente estabelecida – corolário do Estado Democrático de Direito, no qual direitos e responsabilidades compõem-se para a convivência harmoniosa – não se afasta por ser o autor da ação danosa titular dos direitos fundamentais, no exercício dos quais terá exorbitado a intervir na esfera de direitos de outrem com igual natureza e idêntico resguardo.”

(...)

47. Não há, no direito, espaço para a imunidade absoluta do agir no exercício de direitos com interferência danosa a direitos de outrem. Ação livre é ação responsável. Responde aquele que atua, ainda que sob o título de exercício de direito próprio.

Acompanhando o entendimento da Ministra Relatora, acerca da primazia da responsabilidade posterior, em se considerando a proibição de censura, destaco os votos proferidos pelos Ministros Luis Roberto Barroso e Gilmar Mendes, na parte que importa, respectivamente:

Por fim, a terceira presunção é a da proibição da censura e, consequentemente, da primazia das responsabilidades posteriores pelo exercício eventualmente abusivo da liberdade de expressão. A vedação à censura constitui, em verdade, uma das principais garantias da liberdade de expressão. A proibição prévia de

divulgação de uma idéia, informação ou obra representa a violação mais extrema deste direito, uma vez que implica a sua total supressão. Tal opção não ignora o perigo de que o exercício das liberdades comunicativas seja abusivo e produza danos injustos.

(...)

46. A dispensa de autorização prévia das pessoas retratadas em biografias, como se viu, não impõe uma primazia absoluta e abstrata da liberdade de expressão sobre os direitos da personalidade. Eventuais abusos de direito e danos ilegítimos à honra, à intimidade e à vida privada dos biografados estarão, como regra absolutamente geral, sujeitos a intervenções a posteriori. A opção pela composição posterior permitirá, na quase totalidade dos casos, que nenhum dos valores envolvidos seja totalmente sacrificado, realizando a idéia de ponderação e de concordância prática.

Vê-se, pois, que, no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.

Assim, repito, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o previsto no art. 5º, incisos V ("é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem") e X ("são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação").

Nesse contexto, *entendo que a prévia autorização para publicação de obras de biografia gera sério dano à liberdade de comunicação, à liberdade científica, à liberdade artística e que, por outro lado, na ocorrência de eventuais transgressões, a Constituição Federal assegura mecanismos para possíveis reparações, inclusive direito de resposta.*

Observo que, com relação aos fatos da causa, consignou o voto-vencido, no julgamento da apelação, e que foi restaurado nos embargos infringentes:

Porém, na situação em análise, não assiste razão a editora no que tange ao argumento de que a reportagem foi redigida nos limites da liberdade de imprensa, e visou apenas informar à sociedade, de modo isento, sem atribuir qualquer conteúdo valorativo ou proferir prejulgamento, pois, apesar de o autor ser pessoa pública, deveriam os réus ter efetuado uma pesquisa mais apurada a

respeito da veracidade da matéria que seria levada a conhecimento público, não se limitando a ouvir amigos próximos da atriz, mas a pesquisar se a referida atriz, de fato, conhecia o cantor, se alguma vez foi vista com ele, a procedência de suas fontes ou, quem sabe, perguntar à própria se o que os seus amigos andavam espalhando era fato verídico.

E prossegue o acórdão:

Evidenciado que a informação publicada era inverídica, torna-se clara a invasão do direito de privacidade do indivíduo, pois ultrapassou o limiar da informação e alcançou a seara da individualidade, abalando a honra daquele que teve o seu nome inveridicamente atrelado a fato desabonador. Observe-se que o autor é casado há mais de 27 anos, possuindo filhos desse relacionamento. Uma notícia de gravidez fora do contexto familiar, por mais que a humanidade esteja evoluída, sempre traz abalos por vezes drásticos, levando até mesmo a rompimentos para os seus integrantes. Trata-se da perda da confiança entre o casal, da retirada do véu que encobre a visão que os filhos possuem de seus pais, imagem esta de segurança, conforto, respeito, amor e, principalmente, de homem de família que zela pelo conforto e manutenção desta. Nesse sentido, tem-se que a matéria publicada pela editora maculou a honra do indivíduo, atribuindo-se-lhe fato não ocorrido, transbordando o limite do razoável.

Ou seja, não há controvérsia de que o fato é absolutamente inverídico; de que, embora tenha o jornalista ouvido o autor e ele tenha dito que não era verdade, e isso tenha sido publicado, a reportagem não tomou o cuidado de ouvir a grávida, porque, se a tivesse ouvido, a notícia seria imparcial. “Dizem as amigas da atriz que o pai é o autor. O autor diz que não é pai, mas a grávida confirma que é o pai”. Neste caso haveria uma fofoca baseada em um mínimo de fatos que lhe dessem alguma credibilidade. O jornalista pode publicar o que ele quiser, pode circular à vontade a notícia, o sigilo da fonte é integralmente preservado, mas entende-se deva haver veracidade no que ele afirma. E o dever de ouvir as partes, que é o mínimo, a procura mais incipiente da veracidade, aqui não entendo que tenha sido cumprido, porque ele ouviu uma das partes, e a outra, que era exatamente quem poderia confirmar ou não as fofocas, os boatos, seria a mãe, a grávida, que não foi ouvida, tanto que, depois que tornada pública a fofoca em páginas de revistas, ela também deu declarações dizendo que não tinha contato com ele, não tinha tido relacionamento com ele e que não era ele o pai da criança. Mas o estrago já havia sido feito, com a circulação da falsidade.

Penso que o fato de essa revista se dedicar a entretenimento e haver curiosidade sobre a vida do cantor não justifica a publicação de fatos inverídicos,

levianos. Isso não significa que tenha que haver um processo judicial com contraditório antes de se publicar qualquer notícia, mas o mínimo de cuidado que, no caso, se revelaria na atitude de ouvir a grávida. Ouvir o pai parece-me até menos importante, porque simplesmente ficou a versão dele, mas não teria sido ouvida a versão de quem poderia, de fato, confirmar quem seria o pai. Entendo que para se afirmar, como afirmou o voto vencido no julgamento dos embargos infringentes, que o casamento dele já estava deteriorado e, portanto, não teria sido prejudicado pela fofoca, já estaríamos entrando em reexame de matéria de fato, incabível no âmbito do recurso especial. Houve uma avaliação dos fatos na instância de origem, tanto que o julgamento foi dividido, majoritário, no julgamento da apelação; um Juiz entendeu que isso era irrelevante na vida daquele casal; e a Relatora, cujo voto ficou vencido, mas depois prevaleceu, ressaltou que era um casamento de 27 anos e que a vida familiar fora prejudicada pela circulação da fofoca.

Em síntese, penso que a imprensa será responsável, mesmo em suas colunas de fofoca, na medida em que ela cometa excessos, que reputo ocorridos no caso, a partir do panorama de fato traçado nos votos vencedores na instância de origem, com a máxima vênia do eminente Relator e do Ministro Lus Felipe Salomão.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Aproveito-me do detalhado e primoroso relatório elaborado pelo em. Ministro Relator, que votou no sentido de dar provimento ao recurso especial, julgando improcedentes os pedidos iniciais, no que foi acompanhado pelo Ministro *Luis Felipe Salomão*. Suas Excelências manifestaram entendimento no sentido de que “a divulgação da matéria cercou-se dos procedimentos reputados necessários para salvaguardar o direito de resposta aos envolvidos”, não evidenciando potencialidade ofensiva, sobretudo ante a oportunidade que foi franqueada ao autor-recorrido de responder às informações contidas na nota publicada.

A em. Ministra *Maria Isabel Gallotti* divergiu, todavia, concluindo pela responsabilidade civil dos recorrentes ante os danos que resultaram da notícia publicada. Esclareceu não se tratar de limitação da liberdade de imprensa, senão efetivamente um controle *a posteriori* nas hipóteses em que se dá a extrapolação dos limites de seu exercício.

Pedi vista.

Rogando vênia ao douto Relator e ao em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, entendo que evidenciada a responsabilidade civil dos recorrentes, que devem indenizar os prejuízos imateriais causados ao autor da demanda. Contudo, o valor da indenização comporta abrandamento, à vista de todos os elementos de ponderação gravados nos autos, assentados pelas instâncias ordinárias.

De início, afastado a aventada nulidade no julgado e violação dos arts. 535, II, 458, II, e 165 do CPC/1973, haja vista que o acórdão recorrido apresenta de modo amplo e suficiente todos os fundamentos necessários para amparar suas conclusões. Ademais observo, assim como fez o em. Relator, que os recorrentes não cuidaram de explicitar a relevância das supostas omissões aventadas no recurso declaratório, em razão das quais defendem a nulidade do acórdão proferido no julgamento dos embargos. Limitaram-se, tão só, a indicar os dispositivos legais que entendiam merecedores de atenção pela Corte estadual e a afirmar tratar-se de formalidade necessária ao conhecimento do recurso excepcional. Em tal circunstância, no ponto o recurso depara-se com o obstáculo erigido pelo enunciado n. 284 da Súmula do STF.

Por outro lado, a avaliação jurídica dos atos danosos imputados aos recorrentes prescinde do reexame de material probatório, mormente porque incontroversos os fatos que embasam a pretensão do recorrido, em especial o conteúdo da notícia publicada em veículos da correcorrente *Infoglobo*.

Com efeito, os recorrentes não refutam a autoria e o conteúdo da publicação, todavia argumentando pela legitimidade dos atos que praticaram, amparados pelo manto da liberdade de expressão e pela veracidade das informações noticiadas.

De sorte que, assim como ocorre em tantas outras demandas assemelhadas, a controvérsia aqui estabelecida contrapõe direitos consagrados na Carta Política: a liberdade de comunicação e de expressão, extensão do direito à informação e à livre manifestação do pensamento (CF/1988, art. 5º, inc. IV, IX e XIV), e a tutela dos direitos da personalidade, nestes incluídas a honra, a imagem e a vida privada.

Ocorre que, sabidamente, a unidade da Constituição impõe coexistência harmônica entre os direitos fundamentais nela consagrados, sendo por isso certo que de eventual colisão não resultará a anulação de um pelo outro. Ao revés, há de se extrair, de cada um dos direitos em conflito, sua maior eficácia ou, como bem anotou o em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, reportando-se

às lições de Canotilho, “dever-se-á, numa ponderação de valores, buscar a máxima observância, somada à mínima restrição dos direitos relacionados” (REsp 1.297.787/RJ, *Quarta Turma*, julgado em 17.03.2015, DJe 17.04.2015).

Independentemente da importância que cada receptor pode atribuir aos fatos divulgados, ou mesmo que prevaleça a conclusão no sentido de que as informações transmitidas não contribuem para o bom desenvolvimento da sociedade, não se pode descurar que a atividade jornalística livre é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, na medida em que lhe compete fazer fluir as informações necessárias à formação de opinião crítica para o pleno exercício da cidadania, pressuposto fundamental da democracia. Prescreve a Constituição, com a finalidade de sua preservação, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social” (CF/1988, art. 220, § 1º).

Por sua vez, a amplitude do exercício dessa liberdade traz consigo, em igual dimensão, o peso da responsabilidade dos profissionais que atuam no palco midiático, de quem se espera rigorosa cautela no escopo de evitar a propagação de informações que, indevidamente, exponham a intimidade ou mesmo possam acarretar danos à honra e à imagem dos indivíduos, outrossim protegidos por normas de idêntico *status* (CF/1988, art. 5º, V e X). Isso porque “[a] liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constituem direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (REsp 783.139/ES, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, *Quarta Turma*, julgado em 11.12.2007, DJ 18.02.2008, p. 33).

Nesse contexto, visto que o ordenamento jurídico constitucional, como louvável expressão do direito de acesso à informação, veda a censura prévia (CF/1988, arts. 5º, IX, e 220, § 2º), a extrapolação dos limites no exercício da liberdade jornalística pode dar ensejo à responsabilização civil do agente causador pelos danos que ela possa causar. Trata-se de hipótese que se qualifica como abuso de direito, o que induz ao ônus da reparação, segundo o que prevêem os arts. 927 e 187 da lei material civil.

Sob outra perspectiva, convém assentar a premissa de que as celebridades não são despojadas do direito à intimidade, tampouco excluídas do acesso às garantias necessárias à sua preservação. O maior elasticamento dos limites de tolerância na divulgação de fatos que as envolvem não significa dizer que de sua condição pessoal resulte a revogação de irrenunciáveis direitos consagrados na Lei Fundamental.

Vale dizer: a maior exposição de um determinado indivíduo no cenário artístico não autoriza seja devassada sua vida privada, e menos ainda a propagação de fatos inverídicos, sem qualquer relação com sua atividade profissional, e cuja publicidade pode acarretar danos à imagem ou mesmo graves conflitos na esfera familiar. Por esse motivo, cabe exigir do profissional de imprensa a atuação positiva no sentido de averiguar a veracidade da informação publicada, sob pena de responder por danos causados pela notícia que, posteriormente, constata-se falsa. Nesse sentido, importante precedente desta Casa, citado no voto do Em. Relator:

Direito Civil. Imprensa televisiva. Responsabilidade civil. Necessidade de demonstrar a falsidade da notícia ou inexistência de interesse público. Ausência de culpa. Liberdade de imprensa exercida de modo regular, sem abusos ou excessos.

- A lide deve ser analisada, tão-somente, à luz da legislação civil e constitucional pertinente, tornando-se irrelevantes as citações aos arts. 29, 32, § 1º, 51 e 52 da Lei n. 5.250/1967, pois o Pleno do STF declarou, no julgamento da ADPF n. 130/DF, a não recepção da Lei de Imprensa pela CF/1988.

- A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.

- A honra e imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são do interesse público.

- O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará.

- O jornalista tem um dever de investigar os fatos que deseja publicar. Isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque os meios de comunicação, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição.

Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.

- A reportagem da recorrente indicou o recorrido como suspeito de integrar

organização criminosa. Para sustentar tal afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: (i) a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia crime; (ii) a opinião de um Procurador da República. O repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatário. Houve busca e apreensão em empresa do recorrido e daí infere-se que, aos olhos da autoridade judicial que determinou tal medida, havia fumaça do bom direito a justificá-la. Ademais, a reportagem procurou ouvir o recorrido, levando ao ar a palavra de seu advogado. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, se divulgava em cadeia nacional.

- A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente.

Recurso especial provido.

(REsp 984.803/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe 19.08.2009)

No caso concreto, não há qualquer controvérsia sobre o fato de que o recorrido não é o pai do filho da Sra. Mariana Kupfer. Portanto, eventual afirmação dessa suposta circunstância, em caráter peremptório, seria em tese suficiente para ensejar a responsabilidade civil daquele que a divulgasse.

Ocorre que a nota publicada pelos recorrentes não contém assertiva com esse conteúdo, sugerindo tratar-se de mera repercussão das coscuvilhices disseminadas por amigas da atriz, pessoas cuja identidade foi preservada em nome do sigilo da fonte. A primeira leitura da publicação, dessarte, poderia inspirar a conclusão de que não se trata, estritamente, de uma inverdade. Seria assim, em tom mais popular, apenas a informação sobre a existência de um boato.

Contudo, uma avaliação mais ponderada autoriza afirmar que os recorrentes não se limitaram ao mero reporte objetivo de ocorrência cotidiana que envolve uma personalidade pública, tampouco o regular exercício do direito de opinião ou crítica. Pelo conteúdo da informação divulgada, colhe-se o evidente escopo de sugerir que o recorrido, homem casado, poderia efetivamente ser o pai do filho vindouro de conhecida atriz, informação propagada sem a demonstração de qualquer finalidade social relevante ou interesse público qualificado. No

ponto, faz-se oportuno transcrever a avaliação sobre o conteúdo da publicação, lançada no voto condutor do acórdão recorrido (e-STJ, fl. 447):

Fica evidente que o texto veiculado não possui qualquer intento informativo ou instrutivo, mas busca expor, desnecessariamente, a vida íntima e particular dos envolvidos, especialmente o do ora embargante.

Ainda sobre o interesse público, elemento que evidencia a importância das informações divulgadas pela imprensa no momento de se exercitar o juízo de ponderação entre os valores envolvidos no conflito, valho-me de importantes considerações oferecidas pelo em. Ministro *Luis Felipe Salomão*, relator de recurso julgado nesta Quarta Turma:

(...)

3. Nesta seara de revelação pela imprensa de fatos da vida íntima das pessoas, o digladiar entre o direito de livre informar e os direitos de personalidade deve ser balizado pelo interesse público na informação veiculada, para que se possa inferir qual daqueles direitos deve ter uma maior prevalência sobre o outro no caso concreto.

4. A mera curiosidade movida pelo diletantismo de alguns, tanto na divulgação de notícias, quanto na busca de fatos que expõem indevidamente a vida íntima, notadamente, daquelas pessoas com alguma notoriedade no corpo social, não pode ser encarada como de interesse social, a justificar a atenção dos organismos de imprensa.

5. Na hipótese sob exame, ainda que se trate de pessoa notória, revela-se claro não haver um efetivo interesse social na divulgação de fatos que dizem respeito unicamente à esfera íntima de sua vida privada, o que denota tão somente uma manobra para aumentar as vendas do jornal.

(...)

(REsp 713.202/RS, julgado em 1º.10.2009, DJe 03.08.2010)

O fato reportado, cuja veracidade não foi comprovada (ônus da recorrente, à luz do que preconizava o art. 333, II, do CPC/1973; o recorrido, por sua vez, desmente-a, afirmando nem sequer conhecer a atriz), evidencia potencial ofensivo e lesivo, autorizando a responsabilização dos recorrentes, à mímica da adoção das necessárias cautelas antes da divulgação de informações sabidamente prejudiciais à vida pessoal do recorrido.

O breve registro sobre a negativa manifestada pela assessoria de imprensa do cantor não inibiu os efeitos nocivos provocados pela notícia, incutida no

ânimo dos receptores de forma resistente, a tal ponto de merecer a reprodução por diversos meios de comunicação, inclusive com divulgação em destaque em outros periódicos.

No que se refere ao *quantum* indenizatório, contudo, à luz dos elementos fáticos estabelecidos como incontroversos nas instâncias ordinárias, penso que o valor arbitrado a título de indenização comporta a excepcional revisão nesta instância extraordinária.

É que, diante das circunstâncias singulares do caso concreto e, outrossim, as importantes considerações manifestadas pelo em. Relator em seu voto – que, por força delas, entendeu pela inexistência de responsabilidade civil da recorrente – entendo haver desproporção entre a gravidade dos fatos danosos e o valor da reparação fixada pelo Juízo singular, inalterado no TJRJ.

Com efeito, em que pese reconhecida a responsabilidade civil dos recorrentes, a reparação deve ser arbitrada segundo os critérios definidos nos arts. 944 e 945 da lei civil substantiva:

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

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

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Postas essas considerações, em um novo processo de arbitramento, fixo o valor da indenização em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigidos monetariamente a partir desta data.

O termo inicial dos juros moratórios foi estabelecido em estrita consonância com a orientação contida no enunciado n. 54 da Súmula do STJ:

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

Ante o exposto, com a vênia dos pares na parcela em que deles divergi, *dou parcial provimento* ao recurso especial apenas para reduzir o valor da indenização a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigida monetariamente desde a data deste julgamento e acrescida de juros moratórios na forma estabelecida pela sentença de fl. 239 (e-STJ).

É como voto.

REFORMULAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Senhora Presidente, pela ordem. Diante das ponderações que foram feitas – recebi também, nesse meio tempo, memoriais e a visita de uma das partes no gabinete –, vou pedir vênias ao eminente Relator para reformular meu voto.

Confesso que, em uma primeira leitura, fiquei bastante impressionado, também pela força dos argumentos que trouxe o eminente Relator. No entanto, diante dessas ponderações, e também diante de uma reanálise do caso, examinando melhor os precedentes – de alguns deles inclusive fui Relator –, e agora diante da explicitação do Ministro Antonio Carlos Ferreira quanto àquela ideia de que o boato não era só um boato lançado, ele efetivamente teve uma consequência para as partes, vou pedir vênias e reformular meu voto para acompanhar o Ministro Antonio Carlos Ferreira nessa redução do valor fixado a título de indenização, mas conferi-la, sim, mantê-la conferida, mas reduzi-la, justamente pelos fundamentos que Sua Excelência trouxe, acrescidos daqueles outros que abriram a divergência.

Reformulo meu voto para acompanhar o voto trazido agora pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira.

RETIFICAÇÃO PARCIAL DE VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, tendo ouvido o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira, acompanho-o, dando parcial provimento ao recurso especial para reduzir o valor da indenização nos termos postos no voto-vista, com a máxima vênias do eminente Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 1.621.610-SP (2016/0221786-3)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: M C B L

Advogados: Marcelo Adala Hilal - SP106360

Paulo Henrique dos Santos Lucon - SP103560

Ricardo Tosto de Oliveira Carvalho e outro(s) - SP103650

Advogados: Patrícia Rios Salles de Oliveira e outro(s) - SP156383

João Paulo Hecker da Silva - SP183113

Leonardo Rufino Capistrano e outro(s) - DF029510

Augusto Alcântara Vago e outro(s) - DF035891

Daniel Battaglia de Nuevo Campos - SP305561

Frederico Sabbag Andrade Grilo e outro(s) - SP298328

Eduardo Baptista Vieira de Almeida Filho e outro(s) - SP319931

Recorrido: A B DI G B

Advogados: Gilberto Haddad Jabur - SP129671

Aroldo Joaquim Camillo Filho - SP119016

Lúcio Flávio Siqueira de Paiva - GO020517

EMENTA

Civil e Processual. Ação de anulação de partilha por coação. Dissolução de união estável. Prazo decadencial de quatro anos. Art. 178 do Código Civil. Segurança jurídica.

1. É de quatro anos o prazo de decadência para anular partilha de bens em dissolução de união estável, por vício de consentimento (coação), nos termos do art. 178 do Código Civil.

2. Não houve alterações de ordem jurídico-normativa, com o advento do Código Civil de 2002, a justificar alteração da consolidada jurisprudência dos tribunais superiores, com base no Código Civil de 1916, segundo a qual a anulação da partilha ou do acordo homologado judicialmente na separação consensual regulava-se pelo prazo prescricional previsto no art. 178, § 9º, inciso V, e não aquele de um ano preconizado pelo art. 178, § 6º, V, do mesmo diploma. Precedentes do STF e do STJ.

3. É inadequada a exegese extensiva de uma exceção à regra geral - arts. 2.027 do CC e 1.029 do CPC/1973, ambos inseridos, respectivamente, no Livro “Do Direito das Sucessões” e no capítulo intitulado “Do Inventário e Da Partilha” - por meio da analogia, quando o próprio ordenamento jurídico prevê normativo que se amolda à tipicidade do caso (CC, art. 178).

4. Pela interpretação sistemática, verifica-se que a própria topografia dos dispositivos remonta ao entendimento de que o prazo decadencial ânuo deve se limitar à seara do sistema do direito das sucessões, submetida aos requisitos de validade e princípios específicos que o norteiam, tratando-se de opção do legislador a definição de escorrito prazo de caducidade para as relações de herança.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Dr. Lúcio Flávio Siqueira de Paiva, pela parte recorrida: A B DI G B

Dr. Cesar Asfor Rocha, pela parte recorrente: M C B L

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 20.3.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. M. C. B. L. ajuizou ação em face de seu ex-companheiro, A. B. D. G. B., com objetivo de anular escrituras públicas de reconhecimento e dissolução de união estável com partilha de bens, por vício do consentimento, em razão de alegada coação moral irresistível - ameaças de morte e violência física, psicológica e moral contra a autora e seus familiares -, visando obtenção de vantagem indevida (*R\$ 34 milhões*).

Salientou na exordial que réu foi condenado a 5 anos e 8 meses pelo crime de extorsão praticado para obter o acordo de partilha de bens decorrente do término da convivência, oportunidade em foram transferidos móveis, imóveis e *R\$ 34 milhões*.

O magistrado de piso julgou extinto o processo, com resolução de mérito, em razão da decadência do direito da autora, pois, por analogia, incidiria o prazo anual previsto nos arts. 1.029 do Código de Processo Civil e 2.027 do Código Civil (fls. 1.432-1.440).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

Ação anulatória de escritura de dissolução de união estável e partilha de bens, homologada por sentença, julgada extinta por reconhecimento de ocorrência de decadência. Inteligência dos arts. 1.029 do CPC e 2.027, do CC. Prazo decadencial de um ano. Insurgência. Apreciação de questão posta em agravo de instrumento julgado prejudicado por ocasião da prolação da sentença. Mantido o indeferimento inicial com relação às fraudes tributárias. Impossibilidade de alegação da própria torpeza para ver anulado negócio jurídico. Legitimidade da Fazenda do Estado. Apelante que pleiteou o julgamento da lide no estado que não pode vir agora apontar ter ceifado seu direito de produção de provas. Sentença bem fundamentada, com citação doutrinária e jurisprudencial, que não padece de nulidade alguma. Recurso improvido.

(fls. 1.684-1.705)

Opostos aclaratórios, foram rejeitados (fls. 1.745-1.750).

Irresignada, interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, por vulneração aos arts. 178, I, do CC/2002 e 332, 333, I e 535, I e II, do CPC/1973.

Aduz que o prazo decadencial de anulação de escrituras que estipulam a dissolução de união estável com partilha de bens é de 04 anos, nos termos do art. 178, inc. I do Código Civil.

Sustenta ser inaplicável o prazo decadencial de 01 ano previsto nos arts. 1.029 do CPC e 2.027 do CC, uma vez que tratam de prazo específico para anulação de partilha hereditária decorrente da sucessão *causa mortis*.

Salienta que “nem de forma analógica poderiam tais dispositivos ser aplicados ao caso concreto, pois há regra geral prevendo que, para todos os casos que não sejam vinculados ao direito de sucessões (como é o presente), o prazo decadencial para a anulação de negócio jurídico por vício de coação é aquele de 4 (quatro) anos previsto no art. 178, inc. I do Código Civil” (fl. 1.775).

Afirma, ademais, que o prazo de decadência se inicia com a cessação da coação, sendo que, na hipótese, o Juízo de piso não permitiu que a recorrente

comprovasse que a coação do recorrido perpetuou-se no tempo, “até mesmo menos de 1 (um) ano antes do ajuizamento desta ação anulatória”, o que afastaria - se fose o caso - até mesmo a aplicação do prazo decadencial de 1 (um) ano, tendo o Tribunal incorrido em cerceamento do direito de defesa.

Contrarrazões às fls. 1.874-1.913.

Houve pedido de tutela provisória deferido às fls. 2.062-2.064, conferindo efeito suspensivo ao especial, nos termos dos arts. 297, 300 e 1.029, § 5º do CPC/2015, até o julgamento definitivo do recurso, obstando o prosseguimento da execução das escrituras públicas fruto de alegada coação (Proc. 0030741-72.2007.8.26.0068, em trâmite perante a 5ª Vara Cível de Barueri) e a possibilidade de levantamento de qualquer quantia que esteja depositada no processo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil/1973, pois o Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que tivesse examinado uma a uma as alegações e os fundamentos expendidos pelas partes.

De fato, 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.

3. A controvérsia principal está em definir qual é o prazo de decadência do direito de se anular partilha de bens em dissolução de união estável, sob alegação de vício na manifestação da vontade (coação irresistível).

O Tribunal de Justiça, por maioria, seguindo entendimento exarado na sentença, entendeu, por analogia, que deveria se aplicar o prazo decadencial de 01 ano para anular partilha amigável decorrente da sucessão *causa mortis*, *verbis*:

Quanto ao prazo considerado pela sentença, não obstante as posições e conclusões expostas pelos consagrados juristas que assinaram pareceres aqui juntados (fls. 1.525/1.535 e 1.540/1.582), entendo que para o reconhecimento da decadência, “as partilhas consensuais realizadas em separação ou divórcio submetem-se à regra contida no artigo 2.027 do Código Civil e no artigo 1.029 do Código de Processo Civil, segundo a qual a partilha pode ser anulada em

virtude da existência de erro, dolo e coação, a viciar a vontade manifestada pelos cônjuges, no prazo de um ano.

A respeito do tema, leciona Rolf Madaleno:

‘De acordo com o artigo 2.027 do Código Civil, aplicável à partilha consensual judicialmente homologada, essa só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos e o direito de anular a partilha se extingue em um ano (parágrafo único, artigo 2.027), salvo as hipóteses da ação rescisória do artigo 485 do CPC. O prazo do artigo 2.027 sujeita invariavelmente, todas as separações e divórcios, especialmente com divisão de bens, sujeitas às ações de anulação porque contaminadas por vícios ou defeitos. (Curso de direito de família, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 282)’ (Apelação n. 0018406-24.2011.8.26.0248, Indaiatuba, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. un., Rel. Des. Milton Carvalho, julgado em 12.12.2013, do qual participei como Revisor).

Não obstante a divergência jurisprudencial sobre o tema, aplica-se ao caso o prazo decadencial de um ano previsto nos artigos 1.029 do Código de Processo Civil e 2.027 do Código Civil, levando-se em conta, ainda, o disposto no § 1º do art. 1.121 do Código de Processo Civil que firma inequívoca correlação entre as partilhas realizadas nos autos de ações de divórcio e separação e as de inventário.

Melhor detalhando, o § 1º do artigo 1.121, do Código de Processo Civil, inserto no Capítulo III, do Título II, do Livro IV, o estatuto processual, intitulado, “Da Separação Consensual”, prevê que no caso de os cônjuges não acordarem sobre a partilha de bens, essa será realizada na forma estabelecida no Capítulo IX, Título I do Livro IV, do mesmo Codex, que cuida “Do Inventário e da Partilha”.

Assim, não existe razão, usando-se a explicação acima feita, de se aplicar, neste caso em que busca a anulação de partilha amigável efetuada dissolução de união estável, equiparada constitucionalmente ao casamento, prazo decadencial dissímil do previsto no art. 1.029 do Código de Processo Civil, inserido, cabe ser dito, no Capítulo IX, Título I do Livro IV, do estatuto processual, que trata “Do Inventário e da Partilha”.

Nesse sentido, também a posição dominante e atual deste E. Tribunal de Justiça:

[...]

Dessa forma, verifica-se que foi correta a aplicação dos art. 1.029 do CPC e do art. 2.027 do CC ao caso, mesmo tratando-se de partilha ocorrida por ocasião de dissolução de união estável.

Outro ponto que foi levantado pela apelante em suas razões diz respeito ao início do contagem do prazo.

Quanto a isso, já houve decisão do Superior Tribunal de Justiça no seguinte sentido:

Partilha amigável. Anulação. Direito formativo. Decadência. Início do prazo. O direito de promover a anulação de partilha amigável e da espécie dos direitos formativos extintivos e sofre o efeito do tempo pela decadência O prazo anual, previsto no parágrafo único do artigo 1.029 do CPC, na hipótese de escrito particular homologado pelo juiz, viciado por erro ou dolo, conta-se da homologação, não da data em que a petição, com a proposta de partilha, foi apresentada em juízo. Recurso conhecido pela divergência, mas improvido (REsp n. 83.642 SP, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em 12.3.1996, DJ de 29.4.1996, pág. 13.424).

Partilha amigável. Alegação de vício. Decadência. Termo inicial. O prazo de decadência para ajuizamento da ação, tendente a anular partilha amigável, constante de escrito homologado pelo juiz, tem como termo inicial o trânsito em julgado da sentença homologatória. (REsp n. 68.198, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.04.1997, v.u.).

Sendo que este último caso citado, segundo nota de Mauro Antonini, foi proferido na vigência do art. 178, § 6º, V, do CC/1916, que expressamente se referia ao trânsito em julgado, menção que não existe no atual Código Civil (Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência, Ed. Manole).

Dessa forma, não há dúvidas de que quando proposta a ação (em 12.07.2012), já havia transcorrido há muito o prazo anual para o pedido de declaração de nulidade ou anulação do acordo que foi homologado judicialmente em 06.11.2008.

A apelante ainda argumenta que o início da contagem do prazo deveria se dar a partir da data do término da coação.

O que se verifica, no entanto, é que antes de completado um ano da homologação do acordo, em 19.10.2009, a apelante ingressou com ação de cobrança em face do apelado, buscando o cumprimento de obrigações oriundas das escrituras públicas homologadas.

Ora, uma pessoa coagida não ingressaria em juízo em face do agente coator visando o cumprimento de um acordo assinado sob coação. Considera-se, pois, que, se houve um dia coação, essa se dissipou antes do ingresso dessa ação.

Cabia à apelante apontar a coação no primeiro momento em que veio a juízo e não procurar o Poder Judiciário para ver cumprido o acordo que alega ter sido coagida a assinar.

Deste modo, apenas por hipótese, já que não cabe aqui a apreciação da existência da coação em razão do reconhecimento da decadência, certo é que, mesmo que houvesse coação ou ameaça, essa deveria ter sido assinalada assim que possível, na primeira ocasião em que a apelante viesse a juízo, mas, o que se verifica é que quando teve essa oportunidade, veio apontar a falta de

cumprimento pelo apelado de cláusulas desse mesmo acordo que, atualmente, aduz ser nulo.

Bate-se, ainda, a apelante que não se pode considerar a partilha como amigável, como referido na sentença combatida.

Ocorre que foi como “amigável” que a partilha foi apresentada para a homologação, ou seja, a instrumentalidade da partilha, seu formato, sua formalização é que se mostrou como amigável, já que oriunda da manifestação das partes, não tendo havido uma imposição judicial sobre a divisão dos bens e nenhum dos termos da referido reparte.

Deve ser, pois, a sentença mantida, como proferida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

(fls. 1.684-1.699)

O voto vencido, por outro lado, acabou por reconhecer o prazo decadencial de quatro anos, seja por força da interpretação legal, seja porque houve permanência da coação no tempo, *verbis*:

Ouso divergir dos ilustres colegas e o faço com transparência, como segue.

I - Ação.

A autora pretende anular negócio jurídico por vício de coação e simulação, além de *contra legem* (fraude tributária). Seria um acordo para colocar fim da união estável, quando se lavraram duas escrituras públicas (a primeira de 21.7.2008 - fls. 47) e outra, de aditamento, lavrada em 24.10.2008 (fls. 66). Combinou-se que o varão receberia o valor de R\$ 34 milhões pela sua meação (fls. 56), sendo que o aditamento cuidou de regulamentar a forma de pagamento (fls. 67). A autora descreve o que seria conduta criminosa do antigo companheiro e elenca as passagens policiais e a sentença condenatória por crime de extorsão.

II - Sentença.

A douta Juíza da 5ª Vara Cível de Barueri julgou extinta a ação pela decadência, aplicando os artigos 1.029, do CPC e 2.027, parágrafo único, do Código Civil, sendo que a sentença homologatória dos acordos celebrados por escritura pública é de 6.11.2008 (fls. 564). No entender do Juízo de Primeiro o prazo é de 1 (um) ano a contar do trânsito em julgado da sentença homologatória (em 2008). A ação foi ajuizada em 12.7.2012.

III - Recurso.

A recorrente concentra sua atenção no art. 178, I, do CC, porque não se cogita de anulação de partilha celebrada em virtude de sucessão. Afirma que as escrituras não foram lavradas em contexto amigável, mas, sim, em clima de coação e reafirma os atos praticados para esse fim. Afirma que a coação

prosseguiu mesmo a partir da assinatura da segunda escritura (aditamento) e que o termo a quo somente tem início a partir do momento em que cessa a coação. A recorrente juntou pareceres dos Drs. *Antonio Cezar Peluso* (fls. 1.526/1.535) e *Humberto Theodoro Júnior* (fls. 1.540/1.582). Anoto que depois da sessão de conferência de votos, recebi outro memorial subscrito pelos Advogados da recorrente, com esclarecimento sobre o fato de que ela não abdicou das provas e somente concordou com o julgamento antecipado caso o Juízo “se sentisse seguro para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial”, citando as folhas respectivas (1.369-1.375).

IV - Exposição dos fundamentos da divergência.

Os colegas admitiram a decadência e no voto do ilustre Relator são citados precedentes do TJ-SP nesse sentido, o que anima admitir que, em algum momento anterior, possa eu ter aderido ao resultado proclamado, por sugestão do relator. Não recordo, contudo, de ter examinado e colocado em pauta situação semelhante ou com alguns pontos coincidentes com o caso ora analisado, pelo que cabe expor que, embora possa ter concordado com a decadência em julgamentos dos quais integrei a Turma Julgadora como revisor ou vogal, adquirir, examinando as peças, convencimento de que aqueles precedentes são inaplicáveis para os autos.

Prestei atenção aos elementos probatórios e reli os pareceres dos ilustres juristas que opinaram e estou convicto de que a diversidade da causa entre os atos jurídicos considerados assemelhados (partilha em inventário e acordo de dissolução de união estável) não autoriza colocar todos no mesmo prazo decadência (de um ano). A interpretação mais consentânea com a complexidade dos fatos obriga entender que o prazo é quadrienal do art. 178, do CC e que, ainda que se cogitasse do prazo anual (art. 2.017, do CC), não operou a decadência porque caberia admitir a fluência a partir do instante em que cessou a coação afirmada, segundo a cronologia exposta e que possui razoabilidade lógica diante das provas oferecidas.

A colocação do Ministro **Peluso** é irrefutável quando recomenda não adotar interpretação extensiva e dar para atos que não se inserem no direito das sucessões, a aplicação restritiva de direitos (prazo exíguo de um ano). Também digno de consideração a parte em que coloca cônjuges e companheiros na posição de contratantes comuns quando celebram negócios tendentes a acertar posições patrimoniais pelo fim do regime de casamento ou união estável, o que coloca a partilha celebrada por escritura pública nos negócios jurídicos em geral (fls. 1.533). Já o Professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR insere, com honestidade, o art. 2.027, do CC, como exceção a uma regra geral (de que o art. 178, CC, de 4 anos, representa a normalidade do regime) e afirma que o prazo de 1 ano alcança a partilha derivada de sucessão causa mortis (fls. 1.575).

O CC de 1916 continha um dispositivo (art. 178, § 6º, V) sobre prazo de prescrição de um ano para ação de nulidade de partilha, contado da data em que a sentença de partilha passou em julgado. O colendo STJ, pelo Ministro Barros

Monteiro, considerou que o dispositivo não se aplicava para partilhas judiciais excluídas do contexto hereditário (REsp 32.812-7, DJ de 22.11.1993), constando do voto outros precedentes e a lição de Yussef Said Cahali. Tratava-se de anulação de partilha em ação de separação consensual promovida pela esposa, quando o TJ-SP, entendeu que o prazo era de 4 anos por força do art. 178, § 9º, V, do CC, de 1916. Não houve modificação no CC de 2002, pelo que é possível afirmar ter a jurisprudência orientação diversa da que consta da sentença.

Interessante anotar que BRENO FISCHER em sua obra de consulta obrigatória (A prescrição nos tribunais, José Konfino Editor, 1960, vol. IV, tomo segundo, § 422, pg. 333) é enfático ao afirmar que o disposto no art. 178, § 6º, V, do CC, de 1916, não se aplica aos casos de partilha em desquite, amigável e judicial, porquanto para esses o prazo é de 4 anos, nos termos do art. 178, § 9º, V e art. 147.

Cabe registrar que esse dispositivo inaugurou a normatividade sobre prescrição de ação para anular partilha e foi direcionado para que os herdeiros tivessem prazo para pedir a nulidade de partilha, devido a existir um padrão jurídico alimentando a tese sobre inexistência de prazo, conforme anotou o Desembargador FERREIRA COELHO (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, editado por "Officinas Graphicas do Jornal do Brasil", RJ, 1928, vol. 11, p. 479):

"No Direito Anterior, corria na doutrina, e os Tribunais confirmavam, dando vida, a regra de que as homologações de partilha nunca passavam em julgado por serem julgamento inter valentes; como se o direito dos herdeiros, a herança recebida e os dos credores pagos pelo inventário, pudessem ficar suspensos *ad perpetuam rei memoria* - frase aliás sem efeito fora dos restritos casos de julgamento de doutrina, proferida pela Santa Sé. Além das decisões sobre doutrina, esta frase não tem a força de perpetuidade que se lhe emprestam, haja vista a Bula de 21 de Julho de 1773, que, começando pelos termos aludidos, foi assinada por Clemente XIV, suprimindo a Companhia de Jesus, depois restabelecida em 1814, por Pio VII, não obstante o *ad perpetuum nei memoria* com que se declarou a supressão".

A pesquisa histórica revela que o regramento específico sobre prazos extintivos de ações para anular partilha nasceu para disciplinar a questão de partilha lavrada por herança, de modo que não poderia uma interpretação judicial ampliar o circuito limitado da sua abrangência e ultrapassar terrenos fertilizados com relações jurídicas diversas. E nem se argumenta que isso seria possível porque as regras do processo do inventário incidem para regular partilhas do direito em família em geral, porque seria o mesmo que incluir palavras em texto de interpretação restritiva quando o próprio legislador não o fez.

Prova mais elucidativa de que as soluções de casais que se separam ou se divorciam são tratadas de forma diversa é a oportunidade de esses interessados resolverem suas pendências por escritura pública ou sem intervenção do juiz, desde que não existam menores e incapazes (art. 1.124-A, do CPC). O fato de ter o art. 1.121, § 1º, do CPC, estabelecido que a partilha, em caso de beligerância, se fará pelo

mesmo sistema da partilha em inventário, não significa que estão colocados, no mesmo saco, todos os negócios jurídicos celebrados pelos cônjuges ou companheiros, especialmente quando não havia, como não há, necessidade de intervenção iudicial. A homologação do Juízo constitui mera formalidade. porque a partilha "quando feita por escritura pública, não precisa de sentença do juiz" (LUIZ FREDERICO SAUERBRONN CARPENTER, in Manual do Código Civil Brasileiro, de Paulo de Lacerda, Jacintho Ribeiro dos Santos editor, RJ, 1919, vol. IV, p. 451, § 253).

Não ocorreu a decadência.

Dou *provimento* para revogar a sentença e determinar que se realizem as provas para emissão de sentença de mérito.

4. Com efeito, em nome da segurança jurídica e da paz social, surge a necessidade estatal de controlar situações jurídicas pendentes, por meio da monitoração do exercício de direitos, sendo a prescrição e a decadência institutos advindos justamente da projeção de efeitos jurídicos pelo decurso do tempo, com objetivo de buscar a estabilização das relações jurídicas, tendo como vetores o tempo e a inércia do titular.

Deveras, avulta-se de importância a distinção entre *direitos potestativos e subjetivos*, que muito embora seja de nítida feição acadêmica, mostra-se fundamental para solucionar um dos mais antigos problemas de direito civil, o da diferença entre referidos institutos.

A doutrina civilista, desde Windscheid, que trouxe para o direito material o conceito de *actio*, direito processual haurido do direito romano, diferencia com precisão direito subjetivo e direito potestativo.

Direito subjetivo é o poder da vontade consubstanciado na faculdade de agir e de exigir de outrem determinado comportamento para a realização de um interesse, cujo pressuposto é a existência de uma relação jurídica.

Por sua vez, encapsulados na fórmula *poder-sujeição*, estão os chamados *direitos potestativos*, a cuja faculdade de exercício não se vincula propriamente nenhuma prestação contraposta (dever), mas uma submissão à manifestação unilateral do titular do direito, muito embora tal manifestação atinja diretamente a esfera jurídica de outrem.

Os direitos potestativos, porque a eles não se relaciona nenhum dever, mas uma submissão involuntária, são insuscetíveis de violação, como salienta remansosa doutrina.

Assim, os direitos potestativos podem ser *constitutivos* - como o que tem o contratante de desfazer o contrato em caso de inadimplemento -, *modificativos*

- como o direito de constituir o devedor em mora ou o de escolher entre as obrigações alternativas -, ou *extintivos* - a exemplo do direito de despedir empregado ou de anular contratos eivados de vícios (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 201-202).

Portanto, a prescrição é a perda da *pretensão* inerente ao direito subjetivo, em razão da passagem do tempo, ao passo que a decadência se revela como o perecimento do próprio direito potestativo, pelo seu não exercício no prazo determinado.

Esse é o antigo magistério de Antônio Luís da Câmara Leal:

Posto que a inércia e o tempo sejam elementos comuns à decadência e à prescrição, diferem, contudo, relativamente ao seu objeto e momento de atuação, por isso que, na decadência, a ineficácia diz respeito ao exercício do direito e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento deste, ao passo que, na prescrição, a inércia diz respeito ao exercício da ação e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento desta, que, em regra, é posterior ao nascimento do direito por ela protegido. (CAMARA LEAL, A. L. da. *Da prescrição e da decadência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 115)

Corolário desse entendimento é o de que os deveres jurídicos que subsumem aos direitos subjetivos são *exigidos*, ao passo que os direitos potestativos são *exercidos* (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 565).

Nesse passo, o prazo de prescrição, em essência, começa a correr tão logo nasça a pretensão, a qual tem origem com a violação do direito subjetivo. Outrossim, o prazo decadencial, tem início no momento do nascimento do próprio direito potestativo, que deverá ser exercido em determinado lapso temporal sob pena de perecimento: (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007, p. 401 e 402), realçando-se que a decadência poderá ser: i) legal, sendo de ordem pública e irrenunciável e ii) convencional ou contratual, advinda da ordem privada (negócios jurídicos), sendo renunciável e vedado o seu conhecimento de ofício.

5. Na espécie, a caducidade que se discute é específica do direito potestativo de se anular a partilha de bens decorrente da dissolução da união estável, por alegado vício de convenção.

A discussão é enfática porque, como bem salientado no acórdão recorrido, a matéria foi tida como controvertida no âmbito da doutrina e da jurisprudência,

ora se entendendo pela aplicação do prazo anual - analogia advinda da partilha hereditária decorrente da sucessão *causa mortis* (arts. 1.029 do CPC/1973 e 2.027 do CC/2002), ora se concluindo pela incidência do prazo geral decadencial de quatro anos para a anulação dos negócios jurídicos em geral (art. 178 do CC/2002).

Contudo, sob a vigência do diploma civil anterior, fato é que a *questio* acabou se pacificando no âmbito das Cortes Superiores, tanto no STF (quando ainda lhe competia velar pela uniformidade do direito federal) como no STJ, tendo-se definido que o prazo decadencial de 01 ano seria específico para anulação da partilha do direito sucessório, não havendo falar em sua extensão para as demais espécies de partilha amigável, que se submeteriam a regra geral de 04 anos:

- *STF*:

Civil. Partilha de bens em desquite amigável. Ação anulatória. Prescrição. *A ação de anulação de acordo sobre partilha de bens em desquite amigável ou separação consensual aplica-se o art. 178, parágrafo 9., V, do Código Civil, e não o art. 1.029, parágrafo único, do Código de Processo Civil.*

(RE 93.191, Relator(a): Min. Décio Miranda, Segunda Turma, julgado em 15.09.1981, DJ 09.10.1981 PP-10057 Ement vol-01229-02 pp-00506 RTJ vol-00100-01 pp-00366)

- *STJ*:

Civil e Processual. Ação de anulação de partilha. Separação judicial. Partilha homologada na ocasião. Prazo prescricional quadrienal. Art. 178, § 9º. Fluência desde a sentença. Descabimento de postergação do início do prazo para o momento da conversão em divórcio. Lei n. 6.515/1977, arts. 3º, 8º e 31.

I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que é quadrienal a prescrição da ação anulatória de partilha de bens decorrente da separação judicial.

II. Ocorrida a partilha quando da separação judicial, improcede a pretensão de ser computada a fluência a partir da decretação do divórcio, porquanto, nessa ocasião, nada se discutia mais a respeito daquela.

III. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido, para restabelecer a sentença monocrática extintiva do feito.

(REsp 132.171/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 19.04.2001, DJ 13.08.2001, p. 160)

Direito Civil. Prescrição. Nulidade de partilha em separação consensual simulada. Doação inoficiosa, sem reserva para subsistência do doador.

Firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o prazo previsto no art. 178, § 6º, V, do Código Civil de 1916 cuida de nulidade de partilha em inventário, e não daquela decorrente de separação consensual.

É vintenária a prescrição da ação que pretende desconstituir doação inoficiosa, sem reserva para subsistência do doador, ainda que efetuada mediante simulação.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 591.401/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 23.03.2004, DJ 13.09.2004, p. 259)

Civil. Processual Civil. Anulação de cláusula inserida em acordo de separação consensual. Alegação de vício de erro. Prazo prescricional. Art. 178, § 9º, V, do Código Civil. Precedentes.

É da jurisprudência deste STJ que, na separação consensual, a anulação da partilha ou do acordo homologado judicialmente está regulada pelo prazo prescricional previsto no art. 178, § 9º, inciso V, do Código Civil, e não aquele de um ano preconizado pelo art. 178, § 6º, V, do mesmo diploma.

Recurso especial a que se nega conhecimento.

(REsp 141.470/PR, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 21.03.2002, DJ 22.4.2002, p. 200)

Prescrição. Partilha decorrente de separação consensual. Alegação de vício do consentimento. Precedentes da Corte.

1. Já está assentado em diversos precedentes da Corte que na separação consensual a anulação da partilha subordina-se ao ditame do art. 178, § 9º, V, do Código Civil.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 146.324/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 08.09.1998, DJ 26.10.1998, p. 116)

Separação consensual. Partilha. Anulação. Prazo de prescrição. Incidência do disposto no art. 178, parágrafo 9., V do CC - quatro anos - e não a do parágrafo 6., V que preve a prescrição anua.

Erro. Para que vicie o ato, ha de ser substancial, como tal não se considerando o que diga com o preço da coisa.

Sociedade por cotas. Possibilidade de o menor ser cotista, desde que o capital esteja integralizado e não tenha ele poderes de administração.

(REsp 62.347/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 10.10.1996, DJ 29.10.1996, p. 41.641)

Ação anulatória de partilha em separação consensual. Alegação de dolo, erro e coação. Decadência. *Não se cuidando de partilha judicial ou amigável de acervo hereditário, inaplicável o prazo previsto no art. 178, parágrafo 6., n. V, do Código Civil.* Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido.

(REsp 32.812/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 30.08.1993, DJ 22.11.1993, p. 24.960)

E ainda: REsp 37.103/SP, Rel. Min. Costa Leite, Terceira Turma, julgado em 14.02.1995, DJ 27.03.1995; REsp 2.149/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 17.04.1990, DJ 28.05.1990; REsp 38.977/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 14.08.1995, DJ 11.09.1995.

Não houve alterações de ordem normativa com o advento do Código Civil de 2002, tendo este repetido, no parágrafo único do art. 2.027 (Livro V, Do Direito das Sucessões), o que era previsto no art. 1.805 c.c. 178, § 6º, V do CC/1916, isto é, ficou mantido o prazo único e específico de 01 ano para a anulação da partilha no âmbito da sucessão hereditária.

Confira-se as redações dos dispositivos:

CC/2002

Art. 2.027. A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos. (redação à época)

Art. 2.027. A partilha é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos. (Redação dada pela Lei n. 13.105, de 2015)

Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha.

CC/1916

Art. 1.805. A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os atos jurídicos (art. 178, § 6º, n. V).

Art. 178. Prescreve:

§ 6º Em um ano:

V. A ação de nulidade da partilha; contado o prazo da data em que a sentença da partilha passou em julgado (art. 1.805).

No ponto, são as ponderações do em. Min. Cezar Peluso (parecer de fls. 1.561-1.571), *verbis*:

Tal cenário não sofreu tampouco alteração normativa textual que pudera justificar pretexto de mutação semântica, com o advento do vigente Código

Civil, o qual, ao reduzir e só agrupar os prazos de prescrição no art. 206, adotando a técnica de dispersar os preclusivos de decadência nas várias disposições em que trata da matéria concernente a cada um dos muitos direitos potestativos,¹ deu continuidade histórica à velha diretriz político-legislativa e manteve o prazo decadencial anual para anular partilha de direito sucessório, no § único do art. 2.027, cujo texto do caput guarda redação idêntica à do art. 1.805 do Código anterior, salva a troca, aliás coerente, da palavra “atos” por “negócios”. Essa é a perceptível razão por que já não quadrava nenhuma remissão recíproca entre dois dispositivos, como constava do Código revogado (arts. 178, § 6º, V, e 1.085): concentraram-se ambos num só artigo de lei, situado, não por acaso, em capítulo que disciplina partilha regida pelo direito das sucessões (arts. 2.013 e segs.). A regra material heterotópica do art. 1.029, § único, do Código de Processo Civil, foi só derogada quanto ao termo *a quo* do prazo extintivo, por força da reprodução integral do texto do art. 1.805, mas - e é o que releva ao caso - sem prejuízo da subsistência da mesma específica limitação do prazo breve de 1 (um) ano ao direito potestativo de anular partilha de direito hereditário. E a norma geral do art. 178, § 9º, V, do Código de 1916, figura agora no art. 178 do atual Código, com igual generalidade, mas com alcance mais amplo, porque compreende outras causas invalidantes dos negócios jurídicos.

Já por aí se vê que sobram estritos motivos jurídico-normativos para que, acompanhando imperturbável jurisprudência, sensata doutrina proclamasse e proclame que, também sob o império do vigente Código Civil, é de 4 (quatro) anos, *ex vi* do art. 178, o prazo decadencial do direito formativo extinto de anular partilha convencionada em separação, divórcio ou dissolução de união estável, até porque não houve intercorrência de nenhum fator semântico modificativo, nem sequer de índole extra ou metajurídica, capaz de justificar qualquer mutação exegética.

(fls. 1.566-1.567)

Nessa ordem de ideias, apesar da exegese adotada pelo acórdão recorrido, por sua maioria, penso que não se verifica mutação jurídico-normativa a justificar alteração da consolidada jurisprudência dos tribunais superiores.

Entender de forma diversa acabaria por se trazer insegurança jurídica, repudiando o ordenamento jurídico e a própria ideologia do novel diploma instrumental, que preza justamente pelo *prestígio da jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente* (CPC/2015, art. 926).

Já sobre esse viés do CPC/2015, é lapidar a lição de Dinamarco:

Na medida em que a jurisprudência possa ser considerada uma *fonte de direito*, acentua-se a necessidade de repetir a retroprojeção da eficácia expansiva dos julgados dos tribunais, para atingir situações já consumadas na vigência

da jurisprudência antiga. Em tese as alterações jurisprudenciais, legítimas e até comuns na vida da experiência pretoriana, significariam somente que o tribunal modificou sua interpretação dada a determinada lei, repudiando as interpretações correntes no passado porque não corresponderiam com fidelidade ao que nela se contém. A lei aplicada seria sempre a mesma, apenas com a alteração de sua *interpretação* porque a interpretação anterior estaria errada - e isso afastaria qualquer limitação à possibilidade de impor a jurisprudência nova a situações conformes com a antiga.

*Quando porém os precedentes dos tribunais passam a ser considerados fontes do direito, devendo os juízes e tribunais em geral observar a interpretação neles contida (CPC, art. 927), na medida dessa obrigatoriedade a imposição da jurisprudência nova teria o mesmo efeito perverso de transgredir situações já consumadas, tanto quanto a retroação dos efeitos de uma lei nova. A fragilização da **segurança jurídica** trazida pela aplicação da nova jurisprudência seria a mesma. Os jurisdicionados estariam expostos a verdadeiras **armadilhas** montadas pelos tribunais em sua jurisprudência.*

(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: volume 1. 8ª ed., rev. e atual. segundo o novo código de processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 192)

Realmente, o entendimento consolidado dos tribunais institui, como fonte de direito que é, inevitavelmente, uma expectativa de comportamento em todos, pautando a conduta do jurisdicionado, no plano material, de acordo com o definido nos cristalizados julgados.

6. Além disso, não é despidendo salientar que “tratando-se de direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício a lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não uso” (REsp 1.216.568/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03.09.2015, DJe 29.09.2015).

Assim, à míngua de previsão legal, o exercício de determinado direito potestativo não estará sujeito à extinção pelo não exercício.

Ocorre que, como se viu, seja para a anulação do negócio jurídico em geral, seja para a anulação de partilha hereditária, *há disposição legal específica* regendo a matéria, não havendo falar em lacuna.

É o que aponta a doutrina especializada (clássica e moderna) para o qual, nas hipóteses de anulação de partilha entre cônjuges por vício de vontade, deve incidir o § 9º, V, do art. 178 de CC/1916 (art. 178 do CC/2002), que estabelece o prazo quadrienal. Confira-se:

O art. 178, § 6º, V, nada tem com as partilhas em desquite (Quarta Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 11 de novembro de 1943, R. dos T., 151, 162; Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de dezembro de 1948, 178, 172; e 21 de abril de 1949, 180, 558); só se refere às partilhas regidas pelo direito das sucessões.

[...] se houve partilha judicial (Código de Processo Civil, art. 642, §§ 2º e 3º), a partilha judicial entre cônjuges, tratando-se de vícios e defeitos de vontade, não tem o prazo prescricional do art. 178, § 6º, V, somente relativa à partilha *iure* hereditário (cônjuges + herdeiros; herdeiros), e sim o do art. 178, § 9º, V, *b*, porque o art. 1.805 não incide (= não consta das regras jurídicas sobre inventário e partilha que o art. 642, § 3º, do Código de Processo Civil fez incidirem quanto às partilhas entre cônjuges)

(MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. tomo VI, São Paulo: RT, 2013, p. 528 e 558).

Portanto, com o novo Código Civil, não há razão para afastar-se do entendimento que vinha prevalecendo nos tribunais [...].

Em tais condições, prevalece o prazo reafirmado de decadência de quatro anos para pleitear-se a anulação do negócio jurídico (partilha convencional de bens na separação judicial, ou no divórcio), contando esse prazo conforme estabelece o art. 178- a) no caso de coação, do dia que ela cessar; b) no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico.

[...]

No pressuposto de que a decadência anual da ação de anulação da partilha dos arts. 1.029 do CPC e 2.027 do novo Código Civil, na linha do entendimento firmado sob a égide do direito anterior, diria respeito apenas à partilha convencional no âmbito do direito sucessório, continua prevalecendo o prazo decadencial de quatro anos para a invalidação da partilha de bens na separação judicial ou no divórcio, em razão de defeito ou vício de consentimento”.

(CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, São Paulo: RT, 2005, p. 284-285).

Somado a isso, *não parece possível a exegese extensiva*, por meio da analogia, quando sabidamente existe, no próprio ordenamento jurídico, regra jurídica geral que se amolda perfeitamente à tipicidade do caso – art. 178 do CC, que estabelece o prazo de decadência de quatro anos para anular, por vício da vontade (erro, dolo, coação e lesão) o negócio jurídico, como sói a partilha fruto da autonomia da vontade para dissolução de casamento ou união estável.

Deveras, é inadequada a utilização de interpretação extensiva de uma exceção à regra geral - arts. 2.027 do CC e 1.029 do CPC/1973, ambos

inseridos, respectivamente, no Livro “Do Direito das Sucessões” e no capítulo intitulado “Do Inventário e Da Partilha” -, para o preenchimento de lacuna inexistente (já que o art. 178 do CC normatiza a questão), ainda mais quando a exegese acaba por limitar ainda mais os direitos subjetivos, já que a adoção de prazo decadencial reduzido acarreta, inarredavelmente, em extinção mais rápida do direito da parte.

É a tradicional e sempre atual lição de Carlos Maximiliano, segundo a qual “as disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 225-227).

O Código Buzaid estabelecia que:

Art. 1.029. A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo *nos autos do inventário* ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção do incapaz.

Parágrafo único. *A ação para anular a partilha amigável prescreve em um (1) ano*, contado este prazo:

- I - no caso de coação, do dia em que ela cessou;
- II - no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;
- III - quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.

Dessarte, pelas mesmas razões é que também se afasta a previsão normativa do CPC, como bem pontua Theodoro Júnior:

A razão que fundamenta o entendimento pretoriano é muito simples: *a regra do Código de Processo Civil que fixa o prazo de um ano para a ação anulatória regulamenta a invalidação das partilhas promovidas e homologadas dentro do processo de sucessão hereditária (art. 1.029, caput).*

A partilha consensual realizada entre os cônjuges, ao término do casamento, é puro negócio jurídico inter vivos, cuja anulação se dá como nos atos jurídicos comuns, dentro, portanto, do prazo legalmente estabelecido para as anulações dos contratos viciados por erro, dolo, coação e lesão (Código Civil, art. 178).

Havendo regra geral aplicável aos negócios jurídicos, em cujo rol se enquadra a partilha amigável entre cônjuges, não há como se cogitar de estender a ela a regra especial das partilhas hereditárias, já que não cabe, na espécie, cogitar-se do emprego da analogia, como ressaltado pelo STJ [...]

(Partilha amigável na dissolução da sociedade conjugal e da união estável. anulação por vício de consentimento. manifesta desproporção de quinhões. boa-fé. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões n. 5 – Mar-Abr/2015).

Não se pode olvidar que a autorização de aplicação subsidiária do procedimento referente ao inventário e à partilha (CPC/1973, art. 1.121, § 1º), suscitada pelo acórdão recorrido, só ocorre nas situações em que “os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens”, isto é, quando a partilha não for amigável. Além disso, a remissão se limita aos aspectos formais, de procedimento, não abrangendo os prazos de decadência, sabidamente normas de direito material.

No ponto, bem elucidativo o voto do em. Min. Décio Miranda, no julgamento do já multicitado RE 93.191/RJ:

[...] remissão existe, sim, no art. 1.121, parágrafo único: não, porém, tal que abranja a disciplina da anulação da partilha. O que aí se estatui é que, “se os cônjuges não acordarem sobre a partilha de bens, far-se-á esta, depois de homologado o desquite” (hoje “separação”), na forma estabelecida nesse livro, Título I, Capítulo IX. Abstraindo-se de quaisquer considerações atinentes à clausula inicial – a hipótese dos autos é a de terem os cônjuges acordado sobre a partilha – cuja letra sugere restrição talvez em sede interpretativa, um ponto fica assente: compreendem-se na remissão unicamente as disposições que, no capítulo relativo ao inventário em sucessão *causa mortis*, disciplinem a forma da partilha. Ora, o art. 1.029 nada, absolutamente nada, tem a ver com a forma: trata-se de regra atinente à anulabilidade de partilha já realizada. A rigor, a norma é de direito material, heterotopicamente inserta no Código de Processo Civil. Situa-se, por conseguinte, fora do âmbito da remissão, à qual a lei de 1973, que poderia tê-la concebido em termos genéricos e irrestritos, preferiu, bem ou mal, fixar contorno apertado. A opção legislativa é clara, inequívoca, e diante dela não resta ao julgador senão curvar-se.

Ademais, numa interpretação sistemática, como se sabe, verifica-se que a própria *topografia* dos dispositivos remonta ao entendimento de que o normativo excepcional deve se limitar à seara do sistema do direito das sucessões, submetida aos requisitos de validade e princípios específicos que o norteiam.

Por fim, anoto que foi opção do legislador pátrio estabelecer escoreito prazo de caducidade para as relações de herança, como bem adverte, mais uma vez, o parecer anexado de Cezar Peluso:

Qual a razão de tão brevíssimo prazo de caducidade, senão o intuitivo propósito normativo de garantir, com a absoluta firmeza objetiva que recobriria, em tão pouco tempo, a distribuição de bens constante da partilha hereditária, a

segurança, a paz e a estabilidade que deveriam, como ideal político-legislativo, governar as relações permanentes de parentesco, ou, em síntese, a instituição familiar que subsiste à sucessão, livrando-a do dilatado risco de litígios judiciais e desavenças intestinas? Tal é, a meu juízo, a evidente intencionalidade normativa na regência de situação social típica, cuja especificidade está no vínculo jurídico imutável que permeia as relações usuais de parentesco entre os herdeiros.

Como tal, essa situação, própria do direito hereditário, onde imperam de regra relações *ex iure sanguinis*, não pode equiparada à que medeia entre os cônjuges ou companheiros, cuja relação jurídica original, porque desprovida do mesmo substrato fático do parentesco sangüíneo, se desfaz na separação, no divórcio ou na dissolução da sociedade, sem perpetuar qualquer vínculo jurídico que ainda merecesse particular atenção do ordenamento. A partilha dos bens, nesses casos, entra na categoria dos negócios jurídicos em geral, cujo prazo de anulação por vício da vontade é mais dilatado e comum, pois, ao juízo soberano da lei, não aparece como danoso à paz social. Os ex-cônjuges e companheiros são vistos e tratados aqui na mesma posição factual em que estão os figurantes de outros negócios jurídicos suscetíveis de anulação pelas mesmas causas! A estima do prazo preclusivo, ainda quando, por hipótese, criticável, é da competência do legislador, não do intérprete, o qual não está autorizado a expandir o alcance de norma jurídica limitada a caso exemplar de direito sucessório.

(fl. 1.569)

Assim, não há falar em decadência na espécie.

7. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para, reformando a sentença e o acórdão recorrido, afastar a decadência da pretensão inicial, determinando reabertura da instrução processual.

Por conseguinte, mantenho a tutela provisória antes concedida e obsto, até o julgamento definitivo desta demanda, o prosseguimento da execução das escrituras públicas fruto de alegada coação (Proc. 0030741-72.2007.8.26.0068, em trâmite perante a 5ª Vara Cível de Barueri) e afasto, até lá, a possibilidade de levantamento de qualquer quantia que esteja depositada no referido processo.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Senhora Presidente, gostaria de cumprimentar inicialmente os ilustres advogados, Doutor Cesar Asfor Rocha e o Doutor Lúcio Flávio Siqueira de Paiva pelas sustentações de excelente qualidade que nos trouxeram e que contribuem para o melhor esclarecimento dos fatos.

Como foi referido da tribuna, tenho precedente a respeito do tema, no qual me refiro a decisões deste Colegiado, tanto da Terceira quanto da Quarta Turmas, firmando a decadência pelo prazo do art. 178, § 9º, inciso V, do Código Civil, citando os ilustres Ministros Castro Filho, Carlos Alberto Menezes Direito, Eduardo Ribeiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

E eu não poderia mudar de posição diante da qualidade, também, do voto que nos traz o eminente Ministro Luís Felipe Salomão, a quem acompanho integralmente, cumprimentando Sua Excelência.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, as esclarecedoras sustentações orais e o exauriente voto do eminente Relator deram-me a oportunidade de melhor meditar sobre a questão, sob os mais diversos ângulos, e de reformular o entendimento esposado na decisão singular mencionada pelo recorrido.

Penso que o voto do Ministro Luís Felipe Salomão não deixa margem a dúvida, valendo-se desde precedentes antigos do Supremo Tribunal Federal, da lavra do saudoso Ministro Décio Miranda, passando por vários precedentes de ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, a demonstrar que o prazo de decadência previsto no Código de Processo Civil revogado, e também no atual, destina-se às partilhas feitas *causa mortis*. Nele está esclarecida a razão de ser da diferença de tratamento da partilha feita em caso de inventário *causa mortis* e da partilha feita por dissolução da sociedade conjugal. Os dispositivos tomados de empréstimo da partilha *causa mortis* para a partilha entre ex-cônjuges, quando não há acordo, são apenas os que regulam o procedimento, não os índole material, como é o caso do prazo de decadência. Ademais, no caso, cuida-se de partilha por acordo, a qual está sendo questionado sob alegação de coação, incidindo a regra geral de decadência para a anulação de negócios jurídicos por vício de consentimento.

Acompanho, portanto, o voto do Ministro Relator.