Índice das Súmulas e Cometários

SÚMULA Nº 45 177

"É devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de transporte aéreo."

Juiz de Direito Renato Lima Charnaux Sertã

SÚMULA Nº 75 180

"O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte."

Desembargador Marco Antonio Ibrahim

SÚMULA Nº 77 182

"A cláusula-mandato inserida nos contratos de emissão de cartão de crédito é válida e não viola o dever de informar do fornecedor".

Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira

SÚMULA Nº 82 184

"É legítima a cobrança de tarifa diferenciada ou progressiva no fornecimento de água, por se tratar de preço público".

Juíza de Direito Cristiane Cantisano Martins

SÚMULA Nº 83 187

"É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei".

Desembargador Jessé Torres Pereira Junior

SÚMULA Nº 84 191

"É legal a cobrança do valor correspondente ao consumo registrado no medidor, com relação à prestação dos serviços de fornecimento de água e luz, salvo se inferior ao valor da tarifa mínima, cobrada pelo custo de disponibilização do serviço, vedada qualquer outra forma de exação."

Desembargador Fernando Marques de Campos Cabral

SÚMULA Nº 85..... 196

"Incabível a devolução em dobro pelo fornecedor e pela concessionária, se a cobrança por eles realizada estiver prevista em regulamento, havendo repetição simples do indébito".

Desembargador Marco Antonio Ibrahim

SÚMULA Nº 87..... 197

"A mera recusa ao pagamento de indenização decorrente de seguro obrigatório não configura dano moral".

Desembargador Paulo Gustavo Rebello Horta

SÚMULA Nº 89..... 200

"A inscrição indevida de nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito configura dano moral, devendo a verba indenizatória ser fixada de acordo com as especificidades do caso concreto, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade."

Verbete Sumular Revisado - (Acórdão publicado em 10/09/2012).

Desembargador Sérgio Cavalieri Filho

SÚMULA Nº 90..... 206

"A inscrição de consumidor inadimplente em cadastro restritivo de crédito configura exercício regular de direito."

Desembargador Humberto de Mendonça Manes

SÚMULA Nº 91 209

"A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença".

Juiz de Direito Werson Franco Pereira Rêgo

SÚMULA Nº 92 213

"Inadmissível, em qualquer hipótese, a denunciação da lide nas ações que versem relação de consumo".

Juiz de Direito Luiz Roberto Ayoub

SÚMULA Nº 93 216

"A comunicação a que se refere o art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, independe de maior formalidade e prescinde de comprovação por aviso de recebimento, bastando prova da postagem ao consumidor no endereço constante do contrato".

Desembargador Antonio Cesar Rocha Antunes de Siqueira

Súmula Nº 110 219

"Com fundamento no artigo 5º XXXII da Lei Maior e art 6º, III do Código de Defesa do Consumidor, somente a partir de 1 º de janeiro de 2006, a empresa de telefonia fixa estará obrigada a instalar aparelho medidor de pulsos telefônicos, discriminando nas faturas o número chamado, a duração, o valor, a data e a hora da chamada".

Desembargadora Myriam Medeiros da Fonseca Costa

SUMULA Nº 112 229

"É nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como "stent" e "marcapasso".

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

SÚMULA Nº 129 231

"Nos casos de reparação de danos causados ao consumidor por equiparação, nos termos dos arts. 17 e 29, combinados com os arts. 12 a 14, todos do CDC, os juros de mora contar-se-ão da data do fato".

Desembargador Mauro Dickstein

SÚMULA Nº 130 234

"O fornecimento de água limpa e potável é serviço essencial, sendo ilegal a cobrança do ICMS por parte das empresas concessionárias".

Desembargador Roberto Guimarães

SÚMULA Nº 144 243

"Nas ações que versem sobre cancelamento de protesto, de indevida inscrição em cadastro restritivo de crédito e de outras situações similares de cumprimento de obrigações de fazer fungíveis, a antecipação da tutela específica e a sentença serão efetivadas através de simples expedição de ofício ao órgão responsável pelo arquivo dos dados".

Juíza de Direito Admara Falante Schneider

SÚMULA Nº 149 247

"Nas ações indenizatórias decorrentes da contratação do "Cartão Megabônus", os danos morais não podem ser considerados *in re ipsa*, cumprindo ao consumidor demonstrar a ofensa à honra, vergonha ou humilhação, decorrentes da frustração da expectativa de sua utilização como cartão de crédito".

Desembargador Mario Robert Mannheimer

Súmula Nº 152 251

"A cobrança pelo fornecimento de água, na falta de hidrômetro ou

defeito no seu funcionamento, deve ser feita pela tarifa mínima, sendo vedada a cobrança por estimativa".

Desembargador José Geraldo Antonio

SÚMULA Nº 175 254

"A cobrança de tarifa mínima de água e esgoto, multiplicada pelo número de unidades autônomas (economias) de um condomínio, sujeita a concessionária à devolução em dobro do valor comprovadamente pago".

Desembargador José Carlos Paes

SÚMULA Nº 191 261

"Na prestação do serviço de água e esgoto é incabível a aplicação da tarifa mínima multiplicada pelo número de unidades autônomas do condomínio".

Desembargador Marcos Alcino de A. Torres

SÚMULA Nº 192 269

"A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral".

Desembargador Jessé Torres Pereira Junior

SÚMULA Nº 193 280

"Breve interrupção na prestação dos serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás por deficiência operacional não constitui dano moral".

Desembargador Jessé Torres Pereira Junior

SÚMULA Nº 194 291

"Incabível a interrupção de serviço público essencial em razão de

débito pretérito, ainda que o usuário seja previamente notificado".

Desembargador Jessé Torres Pereira Junior

Súmula Nº 195 301

"A cobrança desproporcional e abusiva da tarifa relativa a serviços essenciais autoriza a antecipação da tutela para o pagamento por consignação nos próprios autos pelo valor médio dos últimos seis meses anteriores ao período reclamado".

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira

Súmula Nº 197 303

"A alegação de concessionária, destituída de prova de que a área é de risco, não a exime de reparar serviço essencial, sendo cabível a antecipação da tutela para restabelecê-lo ou a conversão em perdas em danos em favor do usuário".

Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa

Súmula Nº 198 307

"Configura prática abusiva a inclusão de parcela atinente a débito pretérito na fatura mensal de serviço prestado por concessionária".

Juiz de Direito *Mauro Nicolau Junior*

Súmula Nº 199 321

"Não configura dano moral o simples aviso, ainda que sem amparo legal, de interrupção de serviço essencial, salvo em caso de comprovada repercussão externa".

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Súmula Nº 204 330

"A inscrição em cadastro restritivo de crédito de devedor solidário

de conta bancária conjunta, por dívida contraída isoladamente pelo outro correntista, configura dano moral".

Desembargador Pedro Freire Raguenet

SÚMULA Nº 205 ..... **335**

"A limitação judicial de descontos decorrentes de mútuo bancário realizados por instituição financeira em conta-corrente, no índice de 30%, não enseja ao correntista o direito à devolução do que lhe foi antes cobrado acima do percentual, nem a conduta configura dano moral".

Desembargador João Paulo Fernandes Pontes

Súmula Nº 207 ..... **338**

"A pretensão indenizatória decorrente de dano moral, deduzida com base em relação de consumo, ainda que fundada no vício do serviço, se sujeita ao prazo de prescrição qüinqüenal".

Desembargador Mario Robert Manheimer

Súmula 208 ..... **342**

"Admissível chamamento ao processo da seguradora pelo fornecedor nas ações fundadas em relação de consumo".

Desembargador Marcos Bento de Souza

Súmula Nº 209 ..... **346**

"Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial".

Desembargador Mario dos Santos Paulo

SÚMULA Nº 210 350

"Para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade".

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

SÚMULA Nº 211 359

"Havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização".

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

SÚMULA Nº 212..... 368

"A rescisão do contrato de seguro, por mora do segurado, depende de prévia notificação, permitida a dedução do prêmio não pago do montante indenizatório".

Desembargadora Luísa Cristina Bottrel Souza

SÚMULA Nº 213..... 374

"Os contratos de seguro de vida, ininterruptos e de longa duração, configuram-se como cativos, renovando-se automaticamente, sem reajuste do valor do prêmio em razão de idade e sem modificação do capital segurado ressalvada a atualização monetária".

Desembargadora Luísa Cristina Bottrel Souza

Súmula 214..... 380

"A vedação do reajuste de seguro saúde, em razão de alteração de faixa etária, aplica-se aos contratos anteriores ao Estatuto do Idoso".

Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga

SÚMULA Nº 228 384

"O simples aviso encaminhado por órgão restritivo de crédito, desacompanhada de posterior inscrição, não configura dano moral".

Desembargador Cleber Ghelfenstein

SÚMULA Nº 229 387

"A inversão do ônus da prova constitui direito básico do consumidor, uma vez preenchidos os pressupostos previstos no art. 6º, inciso VIII, do CDC, sem implicar, necessariamente, na reversão do custeio, em especial quanto aos honorários do perito".

Desembargador José Carlos de Figueiredo

SÚMULA Nº 230 390

"Cobrança feita através de missivas, desacompanhada de inscrição em cadastro restritivo de crédito, não configura dano moral, nem rende ensejo à devolução em dobro".

Desembargador Cleber Ghelfenstein

SÚMULA Nº 254 393

"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica contraída entre usuário e concessionária".

Juiz de Direito Sergio Wajzenberg

SÚMULA Nº 255 395

"Incabível a cobrança de tarifa pela simples captação e transporte do esgoto sanitário". **SÚMULA CANCELADA** O verbete foi cancelado em virtude do decidido no Processo Administrativo nº 0032040-50.2011.8.19.0000.

Juiz de Direito Eduardo Antonio Klausner

SÚMULA Nº 285 404

"Qualquer interrupção de prestação de serviço essencial decorrente de ligação clandestina não configura dano moral".

Juíza de Direito Claudia Maria de Oliveira Motta

SÚMULA Nº 286 407

"A formação de conglomerado econômico, através de cooperativas prestadoras de serviço de seguro saúde, não exclui a solidariedade entre as pessoas jurídicas cooperativadas pelo atendimento ao consumidor titular do contrato de plano de saúde."

Juíza de Direito Neusa Regina Larsen de Alvarenga Leite

SÚMULA Nº 293 410

"A operadora de plano de saúde responde solidariamente em razão de dano causado por profissional por ela credenciado."

Juíza de Direito Paloma Rocha Douat Pessanha

SÚMULA Nº 294 419

"É indevida e enseja dano moral a inscrição, em cadastro restritivo de crédito, de dívida decorrente do não pagamento de tarifa bancária incidente sobre conta inativa."

Juíza de Direito Maria Paula Gouvêa Galhardo

SÚMULA Nº 295 437

Na hipótese de superendividamento decorrente de empréstimos obtidos de instituições financeiras diversas, a totalidade dos descontos incidentes em conta corrente não poderá ser superior a 30% do salário do devedor.

Juiz de Direito Gustavo Quintanilha Telles de Menezes

SÚMULA Nº 300 439

"Em respeito ao princípio constitucional da isonomia, os serventuários que não integraram o polo ativo da Ação Ordinária nº. 002420-36.1988.8.19.0000 fazem jus, a exemplo dos autores da referida ação, ao reajuste de 24% em seus vencimentos, bem como à percepção das diferenças, a serem pagas de uma única vez, devidamente corrigidas desde a data do pagamento efetuado àqueles, compensando se os valores já quitados, por força do Processo Administrativo nº 2010.259214, observado a prescrição quinquenal, a contar da propositura de cada demanda, bem como as condições pessoais e funcionais de cada serventuário, incidente Imposto de Renda e verbas previdenciárias por se tratarem de diferenças vencimentais".

Juíza de Direito Cláudia Maria de Oliveira Motta

SÚMULA Nº 301 447

"A previsão de parcelas pré-fixadas não afasta a possibilidade de cobrança de juros remuneratórios capitalizados nos contratos de mútuo, devendo eventual abusividade ser demonstrada à luz da prova pericial e do direito do consumidor à informação clara e adequada sobre as cláusulas contratuais".

Desembargador Luciano Silva Barreto

SÚMULA Nº 302 456

"Compete às Câmaras Cíveis especializadas o julgamento das demandas que envolvam as tarifas de água e esgoto sanitário, quando se tratar de serviço utilizado como destinatário final e for prestado por sociedade de economia mista".

Juiz de Direito Werson Franco Pereira Rego

SÚMULA Nº 303 466

"Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis especializadas as demandas que envolvam a utilização de empréstimos financeiros

concedidos por instituições bancárias e que o objeto do mútuo, é utilizado como capital de giro ou aquisição de insumos para a atividade empresarial."

Juíza de Direito Adriana Therezinha Carvalho Souto Castanho de Carvalho

SÚMULA Nº 304 473

"Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis especializadas as demandas que envolvam a cobrança de DPVAT uma vez que se trata de seguro obrigatório, cogente, pago a um pool indefinido de seguradoras, e a não a fornecedora específica de bens e serviços**".**

Desembargadora Mônica de Faria Sardas

SÚMULA No 305 482

"Excluem se da competência das Câmaras Cíveis especializadas as demandas que envolvam cobrança de tarifa de esgoto sanitário quando o serviço público for prestado por autarquia municipal, por se tratar de matéria de competência fazendária".

Desembargadora Ivone Ferreira Caetano

SÚMULA Nº 306 488

"Os recursos nas demandas que envolvam operações bancárias entre instituição financeira e cliente na qualidade de destinatário final são da competência das Câmaras Especializadas em matéria de consumo".

Desembargadora Myriam Medeiros da Fonseca Costa

SÚMULA Nº 307 501

"Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas em consumo, as demandas que envolvam atividade intermediária, assim entendida como aquela cujo produto ou serviço é contratado para

implementar atividade econômica, porquanto não está configurado o destinatário final da relação de consumo".

Desembargador Peterson Barroso Simão

SÚMULA Nº 309 510

"Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas recursos em ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, mesmo que o crédito exequendo resulte de relação de consumo, quando não oferecidos embargos de devedor ou quando estes não versarem sobre o negócio jurídico que deu origem ao crédito."

Desembargador André Gustavo Correa de Andrade

SÚMULA Nº 310 512

"Incluem-se na competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas em que litigarem microempresa ou empresa individual contra concessionária de serviços públicos, em razão da vulnerabilidade".

Desembargadora Regina Lucia Passos

SÚMULA Nº 311 521

"Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas que envolvam fornecimento de serviços bancários como relação de consumo intermediário, salvo no caso de micro empresa ou empresa individual."

Juíza de Direito Isabela Pessanha Chagas

SÚMULA Nº 312 527

"Incluem-se na competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas que envolvam contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária quando o devedor obtém o crédito para aquisição de bem para consumo próprio."

Desembargador Antonio Carlos dos Santos Bitencourt

SÚMULA Nº 314 533

"Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas que resultem de acidente de transito e não envolvam contrato de transporte".

Juíza de Direito Adriana Therezinha Carvalho Souto Castanho de Carvalho

SÚMULA Nº 315..... 539

"Incumbe às empresas delegatárias de serviços de abastecimento de água e esgotamento a instalação de aparelhos medidores ou limitadores do consumo, sem ônus para os usuários."

Desembargador Luiz Felipe Francisco

SÚMULA Nº 316 542

"Incluem-se na competência das Câmaras Cíveis especializadas recursos em ação cognitiva de cobrança ou em ação de reintegração de posse movidas por arrendador em face de arrendatário de bem de consumo, sendo de leasing o negócio jurídico conflituoso, se este estiver em situação de hipossuficiência em relação àquele."

Juiz de Direito Mauro Nicolau Junior

SÚMULA Nº 45

"É devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de transporte aéreo."

Referência[1]

RENATO LIMA CHARNAUX SERTÃ
JUIZ DE DIREITO

A Súmula em comento reflete tendência jurisprudencial já há alguns anos consolidada no Judiciário Estadual.

O contrato de transporte constitui um dos mais típicos exemplos de incidência da responsabilidade civil objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Reconhece-se para tal configuração, tríplice fundamento.

Logo ao primeiro exame, observa-se tratar de atividade que, por sua própria natureza, implica em risco para as pessoas e/ou coisas, o que atrai a incidência do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, a dispensar, na configuração da responsabilidade, a perquirição de culpa do eventual causador do dano.

Ademais, na quase totalidade dos casos envolvendo traslados de pessoas e coisas, há relação de consumo entre transportador e transportado, regida em matéria de responsabilidade, pelo artigo 14 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, *verbis*: "o fornecedor de serviços responde, independentemente de culpa pela reparação de danos causados aos consumidores....."

Finalmente, salvo casos excepcionais, a atividade de transporte coletivo é usualmente desenvolvida pelas empresas mediante concessão ou

1 Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2001.146.00003. Julgamento em 24/06/2002. Relator: Desembargador Gustavo Adolpho Kuhl Leite. Votação unânime. Registro do Acórdão em 26/11/2002.

permissão do Poder Público, o que rende ensejo ao reconhecimento da modalidade objetiva da responsabilidade, por aplicação do artigo 37, parágrafo 6o da Constituição Federal.

Facilitada, destarte, a via de configuração do dever de reparar os danos decorrentes de percalços que ocorram em contrato de transporte, temos que, ao menos em tese, o sumiço de bagagem em transporte aéreo haverá de carrear para a transportadora o dever de indenizar o passageiro, pelos danos materiais, e bem assim, pelos danos morais advindos do extravio.

A apuração de danos materiais depende, no caso concreto, das provas que forem efetivamente produzidas quanto ao valor dos bens, e em certos casos quanto à sua propriedade.

No que tange aos danos morais, outrossim, tal configuração se dá *in re ipsa*, dada a relevante repercussão do fato para o viajante. Admite-se, na espécie a presunção da existência de dano, o qual, na lição do Prof. Sergio Cavalieri Filho, "*deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa,* ipso facto *está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção* hominis *ou* facti*, que decorre das regras da experiência comum" (Programa de Responsabilidade Civil, 2005, Malheiros Editores,. pág. 108).* Com efeito, qualquer extravio dos pertences de alguém que esteja em viagem já lhe causa indubitavelmente transtornos e angústias relevantes de ordem moral, prejudicando o bom proveito que se almeja daquela jornada.

É de se observar que tais transtornos se verificam tanto se o extravio se der na ida quanto se ocorrer na volta de uma viagem, mormente em se tratando de vôo internacional.

Na ida, a angústia e o desconforto se traduzem pela insegurança de quem viaja para o estrangeiro e não pode contar, de uma hora para outra, com seus pertences mais cotidianos, tais como roupas, objetos íntimos, isto sem falar em documentos e valores.

Já na volta, embora o passageiro não esteja a vivenciar a aludida insegurança, sofrerá intensa frustração em não poder presentear seus entes queridos com *souvenirs* adquiridos durante o trajeto, ficando privado tam-

bém de utilizar produtos comprados alhures, que não sejam facilmente encontrados em nosso País.

Também no âmbito dos Juizados Especiais em nosso Estado, bem como nas Turmas Recursais Cíveis, já foi pacificado o entendimento no sentido do cabimento da indenização por dano moral em extravio de bagagem, apontando-se entre outros arestos, os dos Recursos nºs 2000-707-2, 2002-1567-0 e 2004-14772-3.

Em conclusão, a Súmula em comento coaduna-se com a moderna tendência do Direito na seara da responsabilidade civil.◆

SÚMULA Nº 75

> "O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte."

Referência[2]

MARCO ANTONIO IBRAHIM
DESEMBARGADOR

O Direito Pretoriano, de forma geral, tem acolhido o entendimento de que:

> "O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante – e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade". STJ, RESP 338162/MG, DJU de 18.2.2002, 4ª Turma, MIN. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

Entretanto, a orientação expressa na Súmula 75 parece contraditória com a própria jurisprudência que, nesta quadra histórica, está sedimentada quanto à possibilidade de indenização por dano moral em diversas hipóteses em que há mero descumprimento de cláusula contratual, ou mesmo de norma legal. Tal ocorre em questões concernentes ao extravio de bagagem, acidentes com passageiros durante o transporte, negativa-

2 Uniformização de Jurisprudência nº. 2004.018.00003 na Apelação Cível n.º 2004.001.01324. Julgamento em 22/11/2004. Relator: Des. Luiz Zveiter. Votação unânime. Registro de Acórdão em 01/03/2005.

ção indevida do nome de clientes bancários, corte ou suspensão abusiva do fornecimento de energia e telefonia, atraso na entrega de imóveis em construção, etc.

O âmbito de incidência da Súmula 75, assim, está restrito àquelas hipóteses em que, descumprida regra legal ou contratual, não se verificar desacato à dignidade da vítima. O que se condena, em verdade, é a falta de respeito, o acinte, a conduta daquele que causa injusta indignação ao lesado. Temos todos uma obrigação passiva genérica, ou seja, o dever jurídico de não indignar outrem, ao qual corresponde um correlato direito a não ser molestado (molestado, aqui, na acepção de seu similar chulo). Algo próximo àquilo que EMILIO BETTI chamaria de *alterum non laedere.*

Diante disso, o juiz deverá valorar a relevância jurídica das conseqüências do inadimplemento, absoluto ou relativo, do contrato e fa-lo-á através critério eqüitativo, tal como alvitrado no Código Civil Português (Art. 496º – "*Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito*").

Vale observar, ademais, que a necessidade de *justa* apreciação dos fatores envolvidos, em cada caso concreto, vem de revelar que não se deve afirmar, como sói ocorrer, que a caracterização do dano moral depende de subsunção do fato danoso a padrões objetivos. Sob o critério de eqüidade que se impõe para o julgamento, as características pessoais do lesado podem e devem ser sopesadas na operação valorativa; um mesmo fato pode atingir, de forma mais ou menos grave, pessoas envolvidas na mesma situação.◆

SÚMULA Nº 77

"A cláusula-mandato inserida nos contratos de emissão de cartão de crédito é válida e não viola o dever de informar do fornecedor".

Referência[3]

HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA
DESEMBARGADOR

Pelo contrato atípico de cartão de crédito, o titular do cartão adquire bens ou utiliza serviços para pagamento mensal, com a faculdade de saldar integralmente o valor da compra no vencimento da fatura ou parcelar o débito. Nesta segunda hipótese, a administradora se obriga a financiar o saldo remanescente com recursos captados no mercado financeiro.

A relação jurídica estabelecida entre a administradora do cartão e o usuário, tendo em vista a natureza de prestação de serviços desenvolvida pela primeira ao cliente, está regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, que disciplina os limites de atuação das partes, sempre com o precípuo escopo de evitar que o prestador do serviço se aproveite da supremacia contratual quanto ao consumidor, essencialmente porque as obrigações se regulam por contratos de adesão, cujas cláusulas e condições são impostas ao consumidor.

Uma dessas, a cláusula-mandato, confere à administradora de cartão de crédito o direito de ir ao mercado financeiro captar recursos para financiar os gastos do titular do cartão, pendentes de pagamento. Todavia, o artigo 51, VIII do Código de Defesa do Consumidor, expressamente considera nula a previsão contratual em que o consumidor nomeia como mandatário o prestador do serviço ou alguém por ele indicado, para celebrar contrato de captação de recursos com terceiro.

3 Uniformização de Jurisprudência nº. 2004.018.00004 na Apelação Cível n.º 2004.001.03705. Julgamento em 22/11/2004. Relator: Des. Luiz Zveiter. Votação por maioria. Registro de Acórdão em 01/03/2005.

Atenta ao comando das diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, inicialmente, a jurisprudência se consolidou no sentido da invalidade da cláusula-mandato. O Superior Tribunal de Justiça chegou a incluir na Súmula o verbete nº 60, nos seguintes termos:

> "É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste."

Mas a jurisprudência daquela Alta Corte foi paulatinamente modificada, até se consolidar em sentido inverso, o que culminou na edição de nova Súmula, sob o verbete nº 283, segundo o qual as administradoras de cartão de crédito são equiparadas às instituições financeiras, não se submetendo à limitação de juros prevista no Decreto nº 22626/33.

Esta nova orientação, embora não se refira especificamente à cláusula-mandato, reflete a posição adotada pelo Tribunal responsável por direcionar a uniformização dos julgamentos no país relativamente aos complexos contratos relacionados ao cartão de crédito.

A partir de então, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se inclina pela validade da cláusula-mandato, pois o consumidor titular do cartão estabelece o valor a ser financiado, de forma a pressupor autorização ao mandatário a obter no mercado financeiro recursos necessários para o financiamento das despesas realizadas.

Parte, portanto, da suposição de que o mercado consumidor atingiu maturidade e consciência suficientes a compreender o alcance e as consequências das obrigações financeiras, sendo desnecessária a intervenção do Judiciário a restabelecer o equilíbrio nos negócios jurídicos firmados sob a égide da relação de consumo.

Atento à evolução jurisprudencial, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro seguiu o norte indicado pelo Superior Tribunal de Justiça e decidiu por maioria editar o verbete de nº 77 da Súmula local. Nele, afirmou a validade da cláusula-mandato inserta nos contratos de cartão de crédito, inspirado na equiparação das administradoras a instituições financeiras e amparado na ausência de violação ao dever de informar. ◆

SÚMULA Nº 82

"É legítima a cobrança de tarifa diferenciada ou progressiva no fornecimento de água, por se tratar de preço público".

Referência[4]

CRISTIANE CANTISANO MARTINS
JUÍZA DE DIREITO

A recente súmula nº 82 do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro cuida da tarifa diferenciada progressiva referente ao fornecimento de água, consagrando a sua legalidade e extirpando a controvérsia existente tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme teor da súmula em análise, acompanhou o entendimento dominante jurisprudencial e doutrinário que defende que o pagamento pelo fornecimento de água se faz através de preço público, o que possibilita a implementação de políticas sociais através do controle do valor das tarifas.

O fornecimento de água é remunerado, utilizando-se, de acordo com o caso, a tarifa mínima, a tarifa por estimativa e a tarifa diferenciada progressiva.

A tarifa mínima é cobrada quando o consumo de água informado no hidrômetro é inferior ao consumo mínimo estabelecido. A tarifa por estimativa é utilizada quando não há hidrômetro ou em caso de o mesmo não estar sendo utilizado. Tais formas de cobrança não se confundem com a tarifa diferenciada progressiva, objeto de nosso estudo, e por consequência, de análise mais minuciosa, iniciando-se pela sua definição, traçando seus objetivos e considerando, por fim, a legislação aplicável.

A cobrança através de tarifa diferenciada é feita levando-se em conta o volume de consumo e a atividade desenvolvida pelo usuário, que pode ser industrial, comercial, público e residencial. Assim, quanto maior o con-

4 Uniformização de Jurisprudência nº. 2004.018.00008. Julgamento em 03/10/2005. Relator: Des. Álvaro Mayrink da Costa. Votação por maioria. Registro de Acórdão em 02/03/2006.

sumo, maior o valor da tarifa aplicada que, portanto, aumenta progressivamente de acordo com a faixa de consumo. Os usuários são segmentados por faixa de consumo e por categoria.

O sistema de cobrança progressiva busca atender o aspecto social da política tarifária que decorre da natureza do próprio serviço e consagrado na lei aplicável à matéria. Notório é que o fornecimento de água é serviço essencial, cujo consumo não advém de opção dos que detêm o maior poder aquisitivo, independendo da condição econômica do consumidor, tratando-se de necessidade básica e de direito à saúde do cidadão. Os consumidores de menor poder aquisitivo são, portanto, subsidiados pelos de maior porte, identificados estes, em função do volume de água consumida, daí, também, a distinção dos consumidores por categorias. Nitidamente resta observado o princípio da solidariedade implícito na súmula em comento.

A tarifa diferenciada ou progressiva é, portanto, instrumento de política tarifária, garantindo à considerável parte da população a utilização dos serviços de fornecimento de água, viabilizando a universalização dos serviços públicos essenciais. É o Poder Concedente quem fixa o preço da tarifa, e não o mercado, nem o empresário. Este, inclusive, é o argumento utilizado para afastar a alegada abusividade de tal forma de cobrança fundamentada no Código de Defesa do Consumidor, especificamente em seu artigo 39, X.

Outro objetivo traçado para a incidência de tarifa diferenciada é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, uma vez que o serviço de fornecimento de água é objeto de delegação, sendo certo que, conforme assinalado alhures, a tarifa é estabelecida pelo Poder Concedente, não arcando o concessionário do serviço, por óbvio, com o prejuízo decorrente da implementação de medidas governamentais no âmbito social. Com a aplicação da tarifa progressiva, assegura-se a cobertura dos custos operacionais, administrativos e tributários dos investimentos efetivados no decorrer do período concessório.

A legislação aplicável, por sua vez, não impede a aplicação da tarifa progressiva. A Lei nº 6.528/78, em seu artigo 4º, dispõe que "*A fixação tarifária levará em conta a viabilidade do equilíbrio econômico-financeiro das*

companhias estaduais de saneamento básico e a preservação dos aspectos sociais dos respectivos serviços, de forma a assegurar o adequado atendimento dos usuários de menor consumo, com base em tarifa mínima.". O referido dispositivo legal esclarece, de forma evidente, a política eminentemente social adotada.

O artigo 11 do Decreto Federal nº 82.587/78 estabelece que *"as tarifas deverão ser diferenciadas, segundo as categorias de usuários e faixas de consumo, assegurando-se o subsídio dos usuários de maior para os de menor poder aquisitivo, assim, como dos grandes para os pequenos consumidores."*

Ainda que revogado o diploma legal acima suscitado, a Lei nº 8.987/95 adotou o critério diferenciado para a fixação das tarifas, dispondo em seu artigo 13 que *" as tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários."*

É possível se afirmar, com base nos diplomas legais aplicáveis, não haver ilegalidade na utilização da tarifa diferenciada de acordo com a categoria de usuários e a faixa de consumo, pagando de acordo com o excesso por eles consumido, os consumidores que ultrapassarem o mínimo.

Importante, todavia, salientar que a divergência de entendimentos que fundamentou o Incidente de Uniformização de Jurisprudência decorre, em suma, da qualificação de usuário de maior potencial econômico como aquele que consome mais, assinalando-se que muitas vezes as classes desprivilegiadas economicamente, em razão de inúmeras circunstâncias, dentre elas o número de filhos e a impossibilidade de estarem ausentes em viagens, podem consumir mais do que os mais abastados.

Também defendem os entendimentos contrários, que a tarifa progressiva é instrumento de aplicação do Princípio da Capacidade Contributiva que não deve ser aplicada, uma vez que a natureza da remuneração, preço público, afasta a relação tributária, tratando-se de relação de consumo, sobre a mesma não incidindo o referido princípio.

A questão, ora pacificada pela Súmula em comento, ainda encontra resistência, tendo em vista o aspecto social que a matéria abraça, o que impõe a permanente análise da situação.◆

SÚMULA Nº 83

"É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei".

Referência[5]

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR
DESEMBARGADOR

A questão já conheceu oscilação jurisprudencial, que se pacifica na medida em que o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente mantido, em seus mais recentes arestos (*vg.*, REsp nº 363.943/MG, de seu Órgão Especial), o entendimento de não constituir interrupção indevida o corte do fornecimento do serviço ao usuário inadimplente, desde que mediante prévio aviso. Não se percebe a utilidade de desafiar-se, nesse caso, a orientação da Corte Superior, incumbida que é de uniformizar a interpretação do direito federal por força do disposto no art. 105, III, da Constituição da República. Orientação que a jurisprudência do TJRJ vem majoritariamente acompanhando.

Daí, por outro lado, a ociosidade de prequestionar-se a incidência, como se tem verificado em recursos de apelação, de extenso rol de normas legais e constitucionais supostamente violadas, no indisfarçável propósito de desde logo abrirem-se as vias do recurso especial para aquele mesmo Tribunal e do recurso extraordinário para a Suprema Corte. Tais preceptivos ou não se aplicam ao caso concreto ou são aqueles que sustentam a reconhecida possibilidade de interrupção, sem ofensa ao princípio constitucional da continuidade dos serviços públicos.

Com efeito, a Lei nº 8.987/95, que "dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal", estabelece, em seu art. 6º, que "Toda concessão ou

5 Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2005.146.00005. Julgamento em 12/09/2005. Relator: Des. Roberto Wider. Votação unânime. Registro de Acórdão em 11/10/2005.

permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários". O § 1º define serviço adequado como aquele "que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência ...". E o 3º contém as ressalvas de que "Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou, após prévio aviso, quando: I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade".

De certo que a lei específica assim estatui por acolher a vetusta premissa de que, na prestação de serviços públicos por concessão contratual, a delegatária somente conta, para manter a estrutura que garante a continuidade da prestação, com as receitas oriundas da tarifa paga pelos usuários *uti singuli*. Admitir-se que os serviços devam ser c_sum46. prestados, mesmo sem a remuneração tarifária, equivale sujeitar ao colapso, em breve prazo, a rede prestadora, cuja manutenção se impõe à concessionária, por sua conta e risco exclusivo (Lei nº 8.987/95, art. 2º, II).

A lei das concessões e permissões literalmente exige, para que se convalide a interrupção do fornecimento sem violação do princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, que haja prévio aviso em qualquer situação, mesmo aquela gerada por inadimplemento do usuário.

O aviso premonitório é indispensável por se tratar de serviço essencial no diaa- dia das pessoas. Curial que seu abrupto corte causa abalo maior do que mero aborrecimento ou dissabor, configurando dano moral e violação do dever, imposto à concessionária, de manter serviço adequado. Mas, cuidando-se, como se cuida, de relação de consumo, a causa do dano pela própria vítima escusa a prestadora do serviço, elidindo a obrigação reparatória, segundo se extrai do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor. Não raro, o usuário resiste ao pagamento do débito e se afirma, sem razão, surpreendido pelo corte, nada obstante o aviso.

Não se atina como poderia ter êxito a concessionária se, seguindo a orientação adotada em algumas decisões, fosse, oportunamente, buscar o pagamento ao qual fizer jus por "outras vias". Estas redundariam, afinal, na formação de um título, cuja eficácia executiva esbarraria na mesma desculpa, qual seja, a de o devedor não dispor de meios para atender ao

pagamento do débito. Ao parcelar-se o valor do débito em prestações a perder de vista (parece ser esse o único parcelamento viável), e mantendo-se a prestação do serviço, resultaria apenas a acumulação de diferenças entre o pago e o prestado, acentuando-se, com o passar do tempo, a distância entre o crédito da concessionária e a capacidade do usuário para atendê-lo, ou seja, endividamento definitivo e irreversível deste. E como seria possível garantir o juízo da execução desses valores? Pela penhora de bens precários, possivelmente impenhoráveis, ou inexistentes?

Como proposta de solução, tal tese é inconsistente e não resiste à razoabilidade, se se quiser deslocar o exame da questão do campo da norma positiva para o dos princípios (nada obstante as balizas do art. 126, segunda parte, do CPC), no qual também ficaria sem resposta a indagação final: fomentado esse tipo de demanda, o número de inadimplentes tenderia a crescer (como demonstra a súbita concentração de ações do gênero em Comarcas onde assim se julga); aceitaria a parte adimplente da sociedade arcar com os custos dos serviços prestados aos inadimplentes?

As disposições legais acima mencionadas respondem que não, dado que representam, por definição, a vontade social captada pelos legisladores eleitos. Quando essa equação encontrar o seu ponto de equilíbrio sério e responsável, talvez se possa cogitar de considerar-se, como postura alternativa, o fomento à inadimplência. Até aqui, o engenho humano não foi capaz de conceber essa fórmula, mágica porque seria conciliadora de antíteses. Muito menos por decisão judicial, que nada pode ter de magia e deve render-se à realidade das limitações humanas. O que não significa que não se devam debruçar a administração e o direito sobre o desafio de estender os serviços básicos à população excluída da rede remunerada por tarifa. Não se desconhece a alternativa da tarifa subsidiada, por exemplo, para determinadas situações localizadas. Trata-se, porém, de solução que, a par de encontrar limites materiais, há de receber tratamento jurídico-administrativo diferenciado.

Os Tribunais Superiores têm aplicado a mesma orientação quando o devedor for pessoa jurídica de direito público (união, estados e municípios, seus órgãos subordinados e entidades vinculadas), afastando a invocação de suposta lesão contra o interesse público que haveria caso não se asse-

gurasse o funcionamento de serviços essenciais em repartições administrativas, ainda que em débito com as concessionárias. Nesse caso, a satisfação de encargos dessa natureza (energia elétrica, telefonia etc.) integra o custeio previsível, por isto que deve contar com dotação orçamentária necessária e suficiente.◆

SÚMULA Nº 84

"É legal a cobrança do valor correspondente ao consumo registrado no medidor, com relação à prestação dos serviços de fornecimento de água e luz, salvo se inferior ao valor da tarifa mínima, cobrada pelo custo de disponibilização do serviço, vedada qualquer outra forma de exação."

Referência[6]

FERNANDO MARQUES DE CAMPOS CABRAL
DESEMBARGADOR

O enunciado aprovado teve como justificativa que: "a relação entre usuário e concessionária não é tributária, mas tarifária, de modo que somente é possível e legal a cobrança pelo serviço efetivamente prestado, salvo se inferior o consumo medido ao valor da tarifa mínima, cobrada a partir do custo de disponibilização e manutenção do serviço ao usuário, caso em que haverá ela de prevalecer, no interesse de sua efetiva continuidade."

Extrai-se de seus termos, portanto, as seguintes conclusões, que representam o entendimento majoritário da jurisprudência de nosso Tribunal de Justiça: a) – a cobrança pelos serviços de fornecimento de energia elétrica, de água e de captação de esgoto tem a natureza de preço público; b) – que é possível a cobrança de tarifa mínima, desde que haja previsão legal para tanto; c) – que não é possível à concessionária cobrar valor superior ao consumo medido, salvo se inferior à tarifa mínima prevista para manter o equilíbrio econômico do contrato de concessão, ficando, assim, afastada a pretensão de se exigir do usuário do serviço qualquer outro critério de remuneração, inclusive a denominada tarifa progressiva.

Partindo-se da primeira premissa, a relação existente entre os fornecedores dos serviços e seus usuários é de consumo, sujeitando-se, portan-

6 Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2005.146.00005. Julgamento em 12/09/2005. Relator: Des. Roberto Wider. Votação unânime. Registro de Acórdão em 11/10/2005.

to, aos princípios e às regras fixadas no Código de Defesa do Consumidor, razão por que não se poderia admitir, em princípio, a cobrança por serviços que não tenham sido efetivamente prestados ao consumidor, o que exigiria do fornecedor, no momento de calcular o valor a ser pago pelo que forneceu a exata observância do quantitativo registrado nos respectivos medidores.

A cobrança efetuada sem esta precaução, e com base em estimativa superior ao valor devido pela quantidade de energia ou água, efetivamente consumida, constituiria prática abusiva por permitir ao concessionário obter vantagem exagerada em detrimento do consumidor, bem assim, aumentar, injustificada e unilateralmente, o preço de seus produtos ou serviços, com evidente afronta ao disposto nos incisos V e X, do art. 39; e X, do art. 51, todos do CDC.

No entanto, admite-se, em ambos os casos, ou seja, no fornecimento de energia elétrica e no de água e captação de esgoto, a cobrança de tarifa mínima. A cobrança de tarifa mínima tem previsão legal, e o Superior Tribunal de Justiça, de forma uniforme e pacífica, já reconheceu a licitude da cobrança do consumo mínimo, com prevalência sobre o consumo marcado, mesmo em se tratando de preço público, com base no art. 4º, da Lei nº 6.528/78, e nos artigos 11, 29 e 32 do Decreto nº 85.587/78. Não há óbice algum, portanto, a que os concessionários se utilizem deste sistema, previsto na lei específica e no decreto que a regulamentou, porque quando o legislador federal editou as normas gerais para disciplinar a cobrança das tarifas devidas pelos serviços prestados o fez com o evidente objetivo de estabelecer uma política eminentemente social, não se podendo olvidar que o preço público tem natureza diversa do preço privado, podendo ser usado na implementação de políticas governamentais, para favorecer aos usuários mais pobres, redistribuindo renda e riqueza. "Nesse regime, a tarifa mínima, a um tempo, favorece os usuários mais pobres, que podem consumir expressivo volume de água a preços menores, e garante a viabilidade econômico-financeira do sistema pelo ingresso indiscriminado dessa receita prefixada, independentemente de o consumo ter, ou não, atingido

o limite autorizado. Nada a ver com a taxa de serviço, e sim estabelecimento de preço público, para que todos tenham acesso ao serviço de distribuição de água (Resp nº 20741-DF, Rel. Min. Ari Pargendler – J. 09/05/96). Veja-se que, sob este aspecto, a instituição, por força de lei, da tarifa mínima, com os objetivos especificados, não fere os princípios de proteção ao consumidor, mas, muito ao contrário, se encontra em perfeita sintonia com aqueles definidos no art. 4º, e, especificamente, em seus incisos II, III e VII, da legislação protetiva.

No entanto, salvo este critério excepcional, nenhum outro pode ser usado pelo concessionário para a cobrança dos serviços que presta, sendo inadmissível a cobrança da tarifa progressiva, prática que tem sido adotada sistematicamente pelas concessionárias dos serviços de fornecimento de água, como nos revelam os inúmeros processos que chegam ao Poder Judiciário estadual.

A sustentação para a licitude desta conduta finca-se no que dispõe os arts. 11 e 14, do Decreto Federal nº 82.587/78, que regulamentou a Lei Federal nº 6.528/78, onde se previa que as tarifas deveriam ser diferenciadas segundo as categorias de usuários e faixas de consumo. Resta evidente, deste modo, que o decreto regulamentador extrapolou os limites estabelecidos pela lei regulamentada. Na lei específica não há qualquer norma que autorize a cobrança de tarifas de forma progressiva, levando-se em consideração o volume consumido por cada usuário, mas simplesmente a tarifa mínima, cobrada de forma linear de todos os consumidores, necessária à manutenção da infra-estrutura de fornecimento e à continuidade dos serviços, sem onerar demasiadamente os consumidores de baixa renda. As normas reguladoras feriram, pois, o princípio da hierarquia das leis, indo além daquilo que o legislador ordinário pretendeu estabelecer, sendo inaplicáveis essas disposições aos casos em concreto, pois, nesta hipótese, verifica-se, induvidosamente, a violação aos dispositivos, já mencionados, do CDC.

Acrescente-se, ainda, que, em 06/09/91, foi publicado Decreto Presidencial, sem número, revogando, expressamente, vários Decretos, dentre os quais o de nº 82.587/ 78.

Por fim, é importante frisar que o STJ, sobre a matéria relativa à natureza da receita resultante da cobrança pelo fornecimento de água e da captação de esgoto, tem considerado, de forma uniforme, tratar-se de taxa e não de preço público.

Embora divergindo, respeitosamente, deste posicionamento, na esteira do entendimento dominante existente em nosso Tribunal, por não considerar como tributária a receita decorrente do fornecimento desses serviços, por entender que a taxa só é devida para remunerar serviços vinculados aos atos de soberania estatal e que não podem ser delegados a terceiros, ao contrário da opção feita pela regra da compulsoriedade do serviço, para definir a natureza jurídica da receita obtida com a respectiva prestação, impõe-se dizer que a discussão sobre o tema, no que diz respeito ao enunciado aprovado, salvo em relação a sua primeira premissa, não tem maior relevância.

É que, ainda que se considere tributária a natureza da receita, com maior razão não se poderá admitir a cobrança pela forma que tem sido adotada pelas concessionárias, variando a alíquota eventualmente estabelecida, progressivamente, de acordo com o volume consumido por cada usuário, diante do que foi exposto acima e considerando a inexistência de qualquer norma legal autorizadora da adoção deste critério.

Neste caso, tratando-se de taxa, sua instituição estará adstrita ao princípio da legalidade estrita, sendo inafastável a conclusão de que somente por meio de lei em sentido estrito poderá surgir a exação e seus demais consectários, que, de nenhum modo, poderão ser cobrados de forma desproporcional e com verdadeiro caráter confiscatório do contribuinte.

E, como está dito, se não existe qualquer norma legal – decorrente de lei em sentido estrito – que autorize a cobrança pela forma progressiva, nem justificativa razoável para impor ao usuário o pagamento de valores distantes daquilo que efetivamente consumiu, esta exigência se torna evidentemente inconstitucional.

E, sendo assim, é inegável que, segundo entendimento dominante de nossos Tribunais, os concessionários dos serviços de fornecimento de energia elétrica; de água e de captação de esgoto somente poderão co-

brar dos respectivos usuários aquilo que estes efetivamente consumiram, podendo, no entanto, exigir o pagamento de tarifa mínima, autorizada na lei, caso o consumo não tenha alcançado o patamar estabelecido, não podendo adotar qualquer outro critério que se afaste desta regra, para a remuneração de seus serviços, sob pena, de violar as normas do Código de Defesa do Consumidor, em razão de prática evidentemente abusiva, ou ainda, por ferir princípios constitucionais e normas de proteção aos direitos e garantias individuais dos cidadãos, que regulam a matéria tributária.◆

SÚMULA Nº 85

"Incabível a devolução em dobro pelo fornecedor e pela concessionária, se a cobrança por eles realizada estiver prevista em regulamento, havendo repetição simples do indébito".

Referência[7]

MARCO ANTONIO IBRAHIM
DESEMBARGADOR

O parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, contém norma similar àquela que se encontrava no art. 1.531 do Código Civil de 1916 (atual art. 940) de tal forma que a atual Súmula 85 do TJRJ evoca a jurisprudência que se consolidou nos termos da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, ainda em vigor (Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil).

Muitas vezes as lides que envolvem excesso da cobrança ocorrem em razão de divergências interpretativas das partes sobre normas legais ou administrativas e, não raro, sobre isso há dissídios na própria jurisprudência com evidentes reflexos quanto aos valores devidos. Por isso, mesmo nos casos em que se tenha pacificado a jurisprudência, havendo fundada e objetiva dúvida sobre a juridicidade da cobrança e, muito especialmente, quando houver conflito interpretativo de normas legais ou regulamentares ou, ainda, quando a cobrança em excesso provier de modificação da orientação da jurisprudência, se mostra inaplicável o disposto no parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Exige-se, em suma, que a cobrança realizada seja fruto de má-fé do fornecedor de produtos ou serviços, mas não apenas isso: necessário, também, que o consumidor tenha, efetivamente, pago o excesso cobrado.◆

7 Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2005.146.00005. Julgamento em 12/09/2005. Relator: Des. Roberto Wider. Votação unânime. Registro de Acórdão em 11/10/2005.

SÚMULA Nº 87

"A mera recusa ao pagamento de indenização decorrente de seguro obrigatório não configura dano moral".

Referência[8]

PAULO GUSTAVO REBELLO HORTA
DESEMBARGADOR

Na verdade, não importa saber se o ato ilícito decorre da violação de um dever jurídico regulado na lei ou se provém do inadimplemento contratual. A consequência é sempre a mesma: a reparação dos danos. Logo, o que enseja a reparação dos danos não é a origem da lesão, mas a prática do ilícito seja ele contratual ou extracontratual.

O Código Civil de 2002 disciplinou a responsabilidade civil extracontratual no art. 186 e a contratual nos artigos 389 e 392.

Relativamente ao dano imaterial, o art. 186 já prevê a composição dos danos morais; enquanto que a previsão legal para o inadimplemento das obrigações implica na reposição das perdas e danos (arts. 402 do CC, 2002), as quais abrangem o que o devedor efetivamente perdeu e o que, razoavelmente, deixou de lucrar. Não há, portanto, previsão legal para a reparação do dano moral nos casos de violação de dever contratualmente assumido pelo devedor. Mas, nem por isso, em determinados e poucos casos, se pode falar que inexiste dano moral no inadimplemento contratual.

Forçoso admitir que uma parte da jurisprudência caminha no sentido de permitir, ao lado da reposição das perdas e danos, sofridas pelo inadimplemento, também a reparação do dano moral. Para que não se banalize o dano moral ou se fomente uma indústria judicial da composição desse dano, é indispensável, antes de tudo, que estejam presentes os elementos caracterizadores da reparação. E esta questão deve ser perquirida indivi-

8 Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2005.146.00004. Julgamento em 10/10/2005. Relator: Desembargador Newton Paulo Azeredo da Silveira. Votação unânime. Registro de Acórdão em 29/11/2005.

dualmente, caso a caso, desde que *provado* — exceção à inversão do ônus da prova mesmo nas relações de consumo — que o descumprimento do dever jurídico contratual por parte do devedor tenha produzido uma situação de constrangimento e de ofensa capazes de autorizar um *plus* na reposição dos danos para, ai sim, incluir-se o dano moral.

Significa dizer que, além do inadimplemento da obrigação, a reparação do dano moral nas relações contratuais não pode ser de simples aborrecimentos, contrariedades ou transtornos, porque são situações que não chegam a lesar a esfera jurídica interna da pessoa. O dano moral necessita de um abalo emocional com reflexos de ordem psicológica e social resultantes do próprio fato.[9]

Nesse aspecto, já se consolidou a jurisprudência no sentido de que mero aborrecimento não enseja o dano moral, mesmo nos casos em que esse aborrecimento seja de elevada monta, sendo incabível a destinação de uma verba solitária para reposição do abalo sofrido pelo simples descumprimento de obrigação contratual. Seria a banalização do dano moral com forte repercussão na economia nacional e nas lides forenses.

Nessa linha, o verbete comentado, não transformado ainda em súmula, poderia sê-lo, porque a recusa das seguradoras no pagamento da indenização prevista na Lei 6.194/74, com o critério de fixação em salários-mínimos, só veio a ter aplicação pacificada depois da orientação jurisprudencial do Egrégio STJ (decisão no REsp nº 2.145-SP – pela 2ª Seção – Relator Min. Cláudio Santos), que passou a não admitir o pagamento da indenização pelo valor indicado por Resolução do CNSP ou por Circular da FENASEG.

Neste tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a jurisprudência caminha no mesmo sentido, como está a demonstrar parte da ementa de acórdão da 5ª Câmara Cível de que fui relator, *verbis*:

> "A cobertura do referido seguro deve corresponder a 40 vezes o valor do salário-mínimo, conforme art. 3º, alínea 'a' da Lei nº 6.194/74, cuja regra é insusceptível de ser modificada por Resolução da CNSP, devendo ser paga a diferença entre

9 Cf. A Falta Contra a Legalidade Constitucional de Roberto de Abreu e Silva – Lúmen Juris – 2002 pág. 72

> o que foi recebido e o valor estipulado na mencionada lei. Uso do salário-mínimo como critério de fixação do valor da cobertura do seguro e não como fator de atualização monetária, o que não é vedado pela Lei nº 6.205/75".

Assinale-se, assim, a total ausência por parte das seguradoras, que procediam segundo a orientação de seus órgãos reguladores, de dolo ou má fé no pagamento da indenização, sendo certo que a expectativa do beneficiário de receber uma soma mais elevada não poderia causar qualquer tipo de lesão, por si só, em sua honra subjetiva.

Sob este aspecto, a proposição deveria ser transformada em súmula.◆

SÚMULA Nº 89

"A inscrição indevida de nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito configura dano moral, devendo a verba indenizatória ser fixada de acordo com as especificidades do caso concreto, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade."

Verbete Sumular Revisado - (Acórdão publicado em 10/09/2012).

Redação anterior: "Razoável, em princípio, a fixação da verba compensatória no patamar correspondente de até 40 (quarenta) salários mínimos, em moeda corrente, fundada exclusivamente na indevida negativação do nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito."

Referência[10]

SÉRGIO CAVALIERI FILHO
DESEMBARGADOR

O tema da súmula é a velha e surrada questão do arbitramento do dano moral, sobre a qual muito já se discutiu e se escreveu.

Desde a Constituição de 1988, não mais se admite qualquer limitação, tarifação ou prefixação à verba compensatória do dano moral, segundo tranqüilo entendimento dos nossos Tribunais Superiores, sendo oportuno conferir:

"CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. DECADÊNCIA: Lei 5.250, de 9.02.67 – Lei de Imprensa – art. 56: NÃORECEPÇÃO PELA CF/88, art. 5º, V e X. I. – O art. 56 da Lei 5.250/67 – Lei de Imprensa – não foi

10 Processo Administrativo nº. 0026906-08.2012.8.19.0000. Julgamento em 10/09/2012. Relator: Desembargador Mario Robert Mannheimer. Votação unânime.

Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2005.146.00006. Julgamento em 10/10/2005. Relator: Desembargador Silvio Teixeira. Votação unânime. Registro de Acórdão em 29/12/2005.

> recebido pela Constituição de 1988, art. 5º, incisos V e X. II. – R.E. conhecido e provido" (RE 420784, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 25.06.2004, p. 0066).
>
> "A indenização por *dano moral* não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa (Súmula 281, STJ)".
>
> "INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA – CONVENÇÃO DE VARSÓVIA – OBSERVAÇÃO MITIGADA – CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SUPREMACIA. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil" (RE 172.720,Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 162/1093).

Importa consignar que tal desvinculação não autoriza o julgador a arbitrar, aleatoriamente, o valor da compensação correspondente, abdicando de qualquer critério lógico. Muito ao contrário, deve o juiz atentar para o fato de que a verba compensatória não pode ser fonte de lucro, de enriquecimento sem causa para o ofendido, mas, por outro lado, não pode ser ínfima, insignificante, a ponto de não punir o ofensor. A *lógica do razoável* – assim definida por Recasén Siches como uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valorização, de pautas axiológicas que, além de tudo, traz consigo os ensinamentos colhidos da experiência própria e também do próximo através da história –, deve ser a bússola norteadora do julgador.

Nesse sentido, o enunciado em comento é, apenas, um princípio de raciocínio, que irá se completar além da própria súmula, ou como disse Gèny, "pelo código, mas além dele", parafraseando Jhering ("pelo direito romano, mas além dele"), com o fim de alcançar a justiça do caso concreto.

Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado, que guarda proporcionalidade. Assim, o aplicador do direito, para fazer uso da lógica

do razoável, deve investigar algumas relações de congruência, impondo-se indagar: "Quais são os valores apropriados à disciplina de determinada realidade (congruência entre realidades social e os valores)? Quais são os fins compatíveis com os valores prestigiados (congruência entre valores e fins)? Quais são os propósitos concretamente factíveis (congruência entre os fins e a realidade social)? Quais são os meios convenientes, eticamente admissíveis e eficazes, para a realização dos fins (congruência entre meios e fins)?" (FÁBIO ULHOA COELHO. Roteiro de lógica jurídica. 3ª ed., São Paulo, Ed. Max Limonad, 1997, p. 100- 101).

A razoabilidade é, como dito, critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a se aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano, no caso em concreto. Equivale dizer que o juiz, ao valorar o dano moral *in concreto*, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento imposto ao ofendido, as condições sociais deste, a capacidade econômica do ofensor, entre outras circunstâncias mais que se fizerem necessárias.

Por certo, não há a menor parcela de eqüidade, não há um mínimo de razoabilidade, na fixação de um mesmo valor compensatório para todos os casos de dano moral. A dor da mãe que perde o filho jamais será a mesma daquele que tem seu nome indevidamente lançado em cadastros de inadimplentes, o que aponta para a necessidade de o juiz observar o princípio da proporcionalidade – e dele não se afastar. A prudência, destarte, deve estar na base de todas as decisões judiciais, não sendo por outra razão que a obra-prima do juiz – a *jurisprudência* – resulta da junção desses dois vocábulos: *juris + prudentia.*

A prática abusiva da negativação indevida do nome do consumidor em cadastros de inadimplentes, de tão frequente, propiciou a formação de sólido entendimento jurisprudencial no sentido de, por si só (*in re ipsa*), configurar dano moral. Inquestionavelmente, trata-se de agressão às honras subjetiva e objetiva do consumidor, de um atentado contra a sua dig-

nidade – o mais sagrado valor do ser humano e o mais elevado princípio constitucional. Por esta razão, não pode ficar impune o ofensor. Nada obstante isso repita-se, há de imperar a prudência, o respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, mesmo quando se deseje conferir à condenação um caráter punitivo. Nesse sentido:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. Inclusão Indevida do Nome do Cliente no SPC. Prática Abusiva. Dano Moral, Valor da Indenização. Constitui prática abusiva a inclusão indevida do nome do cliente no Cadastro dos maus pagadores – SPC – ainda que por mero equívoco. É dever das empresas que fornecem bens e serviços ao público em geral estruturarem-se adequadamente para tratarem com respeito e dignidade o consumidor. Demora no repasse do valor pago em banco à financeira não caracteriza nenhuma causa excludente da responsabilidade do fornecedor do serviço, sendo *res inter alios acta* em relação ao consumidor. A indenização pelo dano moral, dado a sua natureza compensatória, visa proporcionar ao ofendido um bem estar psíquico pelo amargor da ofensa e não enriquecê-lo. Por isso não deve o juiz se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mesmo quando pretenda dar à indenização caráter punitivo, arbitrando-a em quantia compatível com a intensidade do sofrimento. Tendo a sentença se afastado dessas diretrizes, reduz-se o valor da indenização para 50 salários mínimos. Provimento Parcial do Recurso (Apelação Cível nº 2003.001.04804, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Cavalieri).

O patamar sugerido no enunciado – até 40 salários mínimos, em moeda corrente – reflete a média dos valores usualmente fixados pelas Câmaras Cíveis do nosso Tribunal de Justiça e pelos juízes de primeiro grau, e ao qual se chegou após longa maturação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nada obstante isso é de se ter em mente que tal importância é meramente referencial, não estando o Tribunal de Justiça, de forma alguma, pondo-se a tarifar o dano moral. O enunciado é bem claro ao afirmar que a

quantia equivalente a 40 salários mínimos não será, necessariamente, o valor para todos os casos de indevida negativação do nome do consumidor. Este é, apenas em princípio, considerado um patamar razoável. Todavia, não há dúvida alguma de que, segundo as circunstâncias do caso concreto, esse referencial poderá variar para menos ou para mais.

Hipóteses haverá em que a negativação não ensejou maiores transtornos ao consumidor, foi de curta duração e assim por diante, o que permite um arbitramento em valor inferior ao referencial sumulado. Outras haverá, entretanto, em que as circunstâncias do caso concreto recomendarão seja ultrapassado o limite sugerido, como, por exemplo, nas hipóteses de litigantes habituais, com reiteradas condenações em situações semelhantes, sem que estes adotem as providências necessárias para fazer cessar a conduta ilícita, a revelar não só desrespeito aos direitos do consumidor, mas, antes de tudo, desrespeito às decisões emanadas do Poder Judiciário, o que justificaria a atribuição de efeito punitivo à condenação. Nesse sentido:

> DANO MORAL. Arbitramento. Equilíbrio no Binômio Compensação-Punição. Certamente, a reparação por dano moral não pode ser fonte de lucro indevido àquele que a postula, sob pena de se ensejar novo dano. Entretanto, não é menos certo que sua fixação não pode ser tão moderada a ponto de estimular a continuidade de comportamentos abusivos, contrários aos maiores interesses da sociedade. Dai a afirmação de a indenização possuir natureza dúplice: compensatório- punitivo. Esses dois aspectos da reparação merecem equilibrada consideração, quando da apreciação judicial dos fatos. Na balança axiológica do caso concreto, um não poderá pesar mais que o outro. Provimento parcial do recurso (Apelação Cìvel nº 2004.001.26700, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho).

> DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. FATO DO SERVIÇO CARACTERIZADO. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL *IN RE IPSA*. INDENIZAÇÃO. NATUREZA PREVENTIVO-PEDAGÓGICA. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE. TEO-

> RIA DO DESESTÍMULO (ART. 6º, VI, CDC). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) A jurisprudência já não mais discrepa de que a negativação indevida em bancos de dados e cadastros de consumidores se caracteriza como fato do serviço. Em sendo o caso de prática manifestamente abusiva e, portanto, ilícita, o dano moral se verifica *in re ipsa*, bastando a prova da conduta inadequada do fornecedor. 2) A indenização, após a entrada em vigor do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, há de ser efetiva (princípio da efetividade), não só para reparar como, também, para prevenir danos aos consumidores, *ex vi* do artigo 6º, VI, da legislação consumerista. Destarte, não se pode olvidar a função preventivo-pedagógica da indenização, que deve servir de desestímulo (teoria do desestímulo) para a manutenção de condutas que agridam e violem direitos dos consumidores. 3) A indenização, no caso presente, não se harmonizou com os postulados acima mencionados, pelo que merece parcial reforma. 4) Recurso parcialmente provido para majoração da indenização (Apelação Cível nº 2005.001.23548, 3ª Câmara Cível, Rel. JDS Des. Werson Rêgo).

Em síntese, o verbete em comento estabelece um princípio, um começo de aferição. Realça a importância do princípio da razoabilidade, mas não se fecha para os princípios da proporcionalidade e da efetividade, diante de circunstâncias peculiares dos casos concretos.◆

SÚMULA Nº 90

"A inscrição de consumidor inadimplente em cadastro restritivo de crédito configura exercício regular de direito."

Referência[11]

HUMBERTO DE MENDONÇA MANES
DESEMBARGADOR

A sobrevivência das sociedades exige certa "normalidade" no recíproco comportamento de seus integrantes, daí surgindo o termo "norma" para indicar a regra de conduta a ser observada.

A fim de obtê-la, a primeira etapa a ser percorrida consiste em atribuir-se, dentro das relações intersubjetivas, uma posição de vantagem de certa pessoa com referência a outra.

Essa prerrogativa nasce, por seu turno, do fenômeno da juridicização, que deflui da incidência da regra jurídica sobre o fato, ou conjunto de fatos, por ela previsto e concretizado.

A posição de vantagem caracteriza-se pelo poder de exigir-se de alguém uma determinada prestação, ou de nada exigir-se, mas simplesmente influir-se na situação jurídica de outrem.

No primeiro caso surge o chamado direito subjetivo, munido de pretensão (exigibilidade); no segundo, o direito potestativo, ambos emergindo da juridicização com efeitos gerados pela incidência normativa. Pertencem eles, assim, ao plano da eficácia.

O poder de agir, assim qualificado por essa posição de vantagem, exige sua atuação também dentro de certa normalidade. Afinal, exercer um direito, subjetivo ou postestativo, significa por em movimento os poderes que lhe preenchem o conteúdo.

11 Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2005.146.00006. Julgamento em 10/10/2005. Relator: Desembargador Silvio Teixeira. Votação unânime. Registro de Acórdão em 29/12/2005.

O exercício anormal do poder de agir recai, então, no chamado abuso de direito, a descambar para o terreno da ilicitude, ante a função social dos direitos subjetivos, inclusive pela prática da *emulatio.*

Semelhante situação vem sendo aplicada à teoria dos contratos, quer se os situe no campo do voluntarismo, quer no da autonomia privada, e a vinculação das partes às regras negociais por ela estabelecidas traduz-se no brocardo: *pacta sunt servanda.*

Brechas, entretanto, abriram-se, com o correr dos tempos, nesse postulado, ante as novas exigências sociais e a necessidade de proteger-se a parte mais fraca nos negócios jurídicos, para manter-se o equilíbrio das partes nos mesmos atos.

O diploma do consumidor abrandou o rigorismo dessa vinculação, e isso se nota em seu art. 43.

Ocorre que, apesar desse escudo tutelar, há consumidores que realmente inadimplem o dever contratual, e isso tem dado margem à sua inscrição em cadastro restritivo de crédito.

Surgiu, então, a questão de saber se o credor, ao providenciar essa negativação, exerceria anormalmente seu direito.

Foi por essa razão que se editou, em Búzios, o enunciado nº 2, o qual veio a merecer aprovação pelo Órgão Especial conforme se vê do verbete sumular nº 90, onde o tema foi consolidado.

No recurso especial nº 469627-SP (2002/0117648-0), a 3ª Turma do STJ, Relator o Ministro Castro Filho, sintetizou o entendimento de que, "*... em princípio, cumpridas as formalidades legais, é lícita a inscrição do nome do devedor inadimplente nos cadastros de proteção ao crédito.*"

Também esta Corte, por sua 11ª Câmara Cível, Relator o Des. José Carlos de Figueiredo (apelação cível 2003.001.06390), sintetizou seu entendimento na seguinte ementa:

> "Apelação Cível. Danos morais. Inscrição do nome da consumidora nos cadastros restritivos ao crédito.

> Existindo prova da inadimplência da autora, lícita a inscrição do seu nome nos cadastros restritivos ao crédito, não havendo que se falar, portanto, em dano moral a ser reparado.
>
> Recurso improvido".

Por sua vez, a 15ª Câmara Cível, Relator o Desembargador Carlos Eduardo Fonseca Passos (apelação cível 2004.001.1790), igualmente manifestou-se: *"... a inscrição devida em cadastro restritivo de crédito não caracteriza ato ilícito, nem obriga o fornecedor a cancelá-la, pois o registro é legítimo, passando a constituir obrigação do consumidor desfazer a negativação após o pagamento do débito..."*

Pacificada a jurisprudência no sentido da liceidade do comportamento do fornecedor, afastada ficou a incidência do art. 43 do CDC, tendo, como consequência, o verbete sumular em comento.

Uma outra questão, todavia, poderá surgir: como o devedor obterá o cancelamento ou a abstenção dessa inscrição por meio de tutela antecipada.

A resposta está em condicionar essa possibilidade a três requisitos:

> **a)** a propositura de ação pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito;
>
> **b)** efetiva demonstração de cobrança indevida, amparada de jurisprudência consolidada do STF e do STJ;
>
> **c)** sendo parcial a contestação, necessário exigir-se o depósito da parte incontroversa ou a prestação de caução idônea, a critério do magistrado.

Nesse sentido orientou-se o STJ no referido recurso especial.

O enunciado reflete essa tendência, merecendo, portanto, a sua aprovação como verbete sumular.◆

SÚMULA Nº 91

"A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença".

Referência[12]

WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO
JUIZ DE DIREITO

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nada obstante o respeito que merecem as posições em contrário de ilustres processualistas, notadamente daqueles que contribuíram para a elaboração do anteprojeto que resultou no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a orientação jurisprudencial em comento – ora adotada, de modo uniforme, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro –, talvez seja a que melhor se harmoniza com o espírito da legislação consumerista. Senão, vejamos.

Consciente das desigualdades existentes entre os sujeitos de uma relação jurídica de consumo e da vulnerabilidade que caracteriza o consumidor estabeleceu o artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90, como direito básico deste, a facilitação da defesa dos seus interesses em juízo, inclusive com a possibilidade de ser invertido o ônus da prova, em seu favor e a critério do juiz, quando estiver convencido o julgador da verossimilhança das alegações daquele, ou, alternativamente, de sua hipossuficiência (em sentido amplo).

A finalidade do dispositivo em questão é muita clara: tornar mais fácil a defesa da posição jurídica assumida pelo consumidor, na seara específica da instrução probatória. Distanciou-se o legislador, assim, dos tecnicismos

12 Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2005.146.00006. Julgamento em 10/10/2005. Relator: Desembargador Silvio Teixeira. Votação unânime. Registro de Acórdão em 29/12/2005.

e das formalidades inúteis, conferindo autêntico caráter instrumental ao processo, na busca da verdade real e da solução justa da lide.

Isso porque, de regra e tradicionalmente, o ônus da prova de um fato ou de um direito é incumbência daquele que os alega. Daí, o artigo 333, do Código de Processo Civil, dispor que ao autor compete a prova do fato constitutivo de seu direito (inciso I) e, ao réu, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do alegado direito do autor (inciso II). Tal proposição é compreensível quando se está diante de partes em igualdade de condições e quando a causa verse sobre direitos disponíveis, o que não ocorre nas hipóteses subsumidas à legislação consumerista.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, destarte, rompendo dogmas e estabelecendo novos paradigmas para as relações entre desiguais, fê-lo, também, no que se refere à carga probatória, ora transferindo o ônus da prova ao fornecedor (inversão *ope legis*), do que nos dão exemplos os artigos 12, §3º, 14, §3º e 38, ora admitindo que tal se opere por determinação do julgador (inversão *ope judicis*), conforme artigo 6º, VIII, sobressaindo cristalino que o enunciado em comento somente diz respeito ao último caso.

2 – A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA POR DETERMINAÇÃO DO JUIZ (INVERSÃO *OPE JUDICIS*)

Diferentemente do que ocorre nas hipóteses previstas nos artigos 12, §3º, 14,§3º e 38, por exemplo, em que a inversão do ônus da prova decorre explicitamente da lei (inversão legal ou *ope legis*), no caso do artigo 6º, VIII, a inversão resultará, direta e necessariamente, de *ato judicial*, no curso do processo entre consumidor e fornecedor (inversão judicial ou *ope judicis*). É importante que se reafirme isso porque, não se tratando de hipótese sujeita à inversão legal do ônus da prova, enquanto não houver pronunciamento judicial a esse respeito, subsiste o regramento processual para a disputa entre iguais, ou seja, aquele previsto no artigo 333, do Código de Processo Civil.

Logo, conquanto não se esteja a discutir que, ordinariamente, os dispositivos sobre a produção de provas estão direcionados à formação da

convicção do julgador e, assim sendo, constituiriam *regras de julgamento*, não se pode deixar de observar que as disposições sobre repartição do ônus probatório consubstanciam, de igual modo, parâmetros de comportamento processual para os litigantes, razão pela qual respeitáveis juristas nelas identificam *regras de procedimento*. A justificativa é simples: ao se dispensar o consumidor do ônus de provar determinado fato, supostamente constitutivo de seu alegado direito, está-se transferindo para o fornecedor o ônus da prova de algum outro que venha a elidir a presunção estabelecida em benefício do consumidor. Equivale dizer que, em relação ao consumidor, a inversão tem efeito de *isenção* de um ônus, mas, para o fornecedor, a inversão importa em *criação* de novo ônus probatório, que se *acrescenta* aos demais, como leciona Carlos Roberto Barbosa Moreira (*Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor,* Revista de Direito do Consumidor nº 22, p. 136).

A distinção não é de menor importância e, para os fins deste breve comentário, tem relevante interesse para a identificação do momento correto para a sua determinação

3 – MOMENTO PARA A INVERSÃO

O enunciado em análise entendeu não ser o da prolação da sentença o momento adequado para se operar a inversão do ônus da prova.

Assume a jurisprudência uniformizada do Tribunal de Justiça, desse modo, o entendimento de que os dispositivos jurídicos sobre a distribuição da carga probatória se constituem em *regras de procedimento.*

Oportuno realçar que, sendo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor composto por normas de ordem pública e de interesse social, a inversão do ônus da prova pode ser determinada independentemente de requerimento do consumidor; daí o cuidado que se deve ter com o momento correto para tanto. Ademais, como acentua Carlos Roberto Barbosa Moreira (op. cit., p. 146), "a finalidade da norma que prevê a inversão é a de *facilitar* a defesa dos direitos do consumidor, e não a de assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar".

A postura assumida pelo Tribunal de Justiça, pois, é a de que o momento correto para a determinação da inversão do ônus da prova deve ser anterior ao início da instrução probatória, notadamente quando do saneamento do processo, oportunidade em que o juiz fixa os pontos controvertidos e defere a produção de provas, após analisar, com ampla liberdade, os requisitos estabelecidos, em *numerus clausus,* pelo artigo 6º, VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Assim agindo o julgador, por certo, não haverá que se cogitar de violação do princípio do devido processo legal ou de cerceamento de defesa da parte prejudicada. Tratamento diverso, entretanto, conduziria, inexoravelmente, à quebra da harmonia que deve imperar, também, na relação processual entre fornecedor e consumidor.

Tratar as normas de distribuição da carga probatória como regras de julgamento só se justifica na sistemática do Código de Processo Civil, em uma disputa jurídica entre partes em igualdade de condições. Nesse caso, os litigantes, desde o início, conhecedores do disposto no artigo 333, da legislação processual comum, devem pautar suas ações de tal sorte que possam, cada um, se desincumbir dos ônus ali previstos. Todavia, na sistemática específica da relação de consumo, em que o julgador, diante da desigualdade de forças entre as partes, pode distribuir diferentemente os ônus da prova entre os litigantes, inclusive de ofício, desde que convencido ou da verossimilhança das alegações do consumidor, ou de sua hipossuficiência (em sentido amplo), a admissão de tal inversão no momento da prolação da sentença resultaria em violação ao princípio do devido processo legal, visto que, muito embora tenha o juiz atribuído ao fornecedor um ônus que não existia anteriormente, a ele não se oportunizou a chance de dele se desincumbir, o que, não raro, resultará em prejuízo à sua defesa.◆

SÚMULA Nº 92

"Inadmissível, em qualquer hipótese, a denunciação da lide nas ações que versem relação de consumo".

Referência[13]

LUIZ ROBERTO AYOUB
JUIZ DE DIREITO

Inspirado no princípio da economia processual, a denunciação da lide – assim como qualquer hipótese de intervenção de terceiros –, como ação secundária que é, vem, ao longo da evolução processual, sendo alvo de alterações no tocante a sua incidência.

Especificamente no tocante às relações de consumo, a denunciação da lide sofre restrições nas hipóteses descritas no art. 13 da lei especial. Para tanto, a disposição do art. 88 do mesmo diploma legal nos mostra ser vedada a denunciação da lide na hipótese descrita naquele artigo, *verbis: "Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste Código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide."* A interpretação a contrário *sensu,* nos conduz, então, à conclusão do seu cabimento em outras hipóteses.

Não é esse, porém, o entendimento consagrado na jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, bastando a leitura dos elucidativos arestos que seguem com o material, para assim concluir.

Nada obstante, não me furtando ao dever de colaborar com a comissão, passo à análise do tema.

Uma pormenorizada análise inicial se impõe. O estudo da evolução jurisprudencial quanto ao tema em debate, qual seja, o cabimento da denunciação da lide que, como cediço, representa uma das modalidades da

13 Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2005.146.00006. Julgamento em 10/10/2005. Relator: Desembargador Silvio Teixeira. Votação unânime. Registro de Acórdão em 29/12/2005.

intervenção de terceiros, disciplinada nos art. 70 e seguinte do Código de Processo Civil, está a revelar uma instabilidade no que se refere a sua aplicação aos casos concretos trazidos à discussão nos diversos tribunais de todo o país. Houve época, independente de tratar-se de relação de consumo, em que se afirmava o cabimento tão somente nas hipóteses do art. 70, I do estatuto processual, na medida em que a evicção, sendo tema de direito material, portanto regulada pelo Código Civil, revelava a necessidade do estabelecimento da lide secundária, sob pena de haver o perdimento do direito de regresso.

Em momento posterior, e mais recente, seguindo os ensinamentos de ilustres doutrinários e a linha jurisprudencial que então se estabeleceu, admitia-se nas hipóteses de garantia formal ou própria. Hoje, no entanto, a situação está totalmente diferenciada em razão da busca da efetividade do processo, como princípio orientador de todo o direito. Diga-se, inclusive, que em busca da celeridade da prestação jurisdicional – foco de toda e qualquer alteração processual –, até mesmo a ação *per saltun* está positivada. Para tanto, veja-se a disciplina contida no art. 456 do novo Código Civil.

Seja como for, o que está evidenciado pela doutrina e jurisprudência é a necessidade de criarmos uma cultura voltada para a efetividade do processo. Diga-se, assim, que o desiderato está a depender da utilização da interpretação como forma de garantir o afastamento dos males do tempo no processo. Por essa ineficiência decorrente do tempo no processo, Rui Barbosa lecionava que a pior das injustiças é aquela que decorre da jurisdição tardia.

Como consequência da nova filosofia que se constrói debruçada na principiologia, é forçoso dizer e reconhecer que em nenhuma hipótese está a se admitir a denunciação em sede de relação de consumo. Do contrário, estar-se-á a prestigiar o emperramento da prestação jurisdicional na medida em que, como cediço, o estabelecimento da lide secundária importará em retardar a prestação jurisdicional e, por óbvio, os interesses do consumidor que, em regra, é o hipossuficiente na relação processual.

Contudo, a matéria ainda é alvo de questionamentos interpretativos, não havendo a necessária maturação jurisprudencial que nos leve à certeza do descabimento daquela ação.

Nada obstante, porém, uma questão subjacente revela-se importante nas hipóteses que envolvam relação de consumo. É aquela disposta no art. 101, II da Lei 8078/ 90 que, ao fazer referência ao art. 80 do Código de Processo Civil, nos leva à conclusão de se tratar da modalidade de chamamento ao processo. Sobre o ponto, algumas breves considerações.

Uma precipitada interpretação nos conduz ao equívoco de afirmar que, ao mesmo tempo em que se rechaça a denunciação da lide, se faz permitir o chamamento do processo, havendo, então, um verdadeiro conflito porquanto onde há a mesma razão, há de haver a mesma solução.

Ocorre que, diferente do que retrata o texto legal, o instituto disciplinado no referido dispositivo legal é híbrido. Ao mesmo tempo em que não se vê a figura da obrigação solidária como forma autorizadora do chamamento, não se pode, como já defendido, admitir a denunciação da lide. Tudo porque o tempo é o responsável pela negação da efetividade da prestação jurisdicional.

Contudo, ao que tudo está a indicar, assim como ocorre nas ações de rito sumário, quis o legislador, repita-se, através do instituto de natureza híbrida, conferir ao autor, consumidor e, por isso, presumivelmente hipossuficiente, uma maior garantia no recebimento do seu direito. Seria uma espécie de uma salvaguarda em prol dos interesses do mais fraco na relação processual com o objetivo de garantir a necessária isonomia. São os brevíssimos comentários sobre o tema.◆

SÚMULA Nº 93

"A comunicação a que se refere o art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, independe de maior formalidade e prescinde de comprovação por aviso de recebimento, bastando prova da postagem ao consumidor no endereço constante do contrato".

Referência[14]

ANTONIO CESAR ROCHA ANTUNES DE SIQUEIRA
DESEMBARGADOR

O Enunciado cuida do procedimento para comprovar a comunicação ao consumidor quanto à abertura de cadastro, ficha, registro ou lançamento de dados em seu nome.

Observando que na sociedade moderna – com produção massificada, ágil circulação de bens, e anonimato dos seus interlocutores – se torna importante o conhecimento, em velocidade compatível, daqueles que se colocam no circuito negocial. O cadastro de dados acabou se tornando uma realidade.

Este fato trouxe a necessidade de se regulamentar este "banco de informações", com o fito de se evitar abusos e preservar a privacidade dos consumidores, garantindo-lhes a integridade do nome e da imagem. Para tanto, o legislador criou quatro pressupostos de legitimidade dos arquivos de consumo: teleológico, substantivo, procedimental e temporal.

O elemento teleológico aponta para a ideia de prevenção nos atos negociais, de forma que o cadastro não se coloca como punição, nem como meio coercitivo. O segundo elemento – substantividade – implica em se ter a certeza do débito e a exatidão do conteúdo da informação, sendo certo que esta deve guardar relação com o mercado de consumo, e estar no âmbito dos atos negociais ou obrigacionais, não podendo se enquadrar

14 Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2005.146.00006. Julgamento em 10/10/2005. Relator: Desembargador Silvio Teixeira. Votação unânime. Registro de Acórdão em 29/12/2005.

dentro da ideia de dados personalíssimos, denotativos de aspectos do caráter, família, reputação geral, modo de vida ou outras características individuais e privadas. O terceiro pressuposto – procedimental – implica na necessidade de comunicação prévia àquele que terá o nome lançado no cadastro, bem como o respeito à ideia de acessibilidade limitada, linguagem clara e informação veraz e objetiva. O último pressuposto segue a tradição do nosso direito, que observa a necessidade de respeito a prazos de manutenção das informações creditícias dentro de uma mesma concepção dos prazos prescricionais e decadenciais, evitando-se a eternização da restrição, por via indireta, além daquilo que é permitido pelo direito.

Estes requisitos podem ser extraídos do art. 43, do Código de Defesa do Consumidor, cuja nascente está no inciso X, do art. 5º, da CRFB. A primeira das disposições mencionadas procurou regulamentar o sistema de forma "aberta", o que trouxe algumas dúvidas quanto à forma justa e adequada de sua aplicação, sendo o entendimento constante do Enunciado a tentativa de retirar uma dessas incertezas, que se dá no pressuposto de legitimidade procedimental, especificamente no momento e como se concretiza a comunicação do consumidor, quanto ao aponte cadastral de seu nome, para permitir que verifique a sua exatidão, e possa requerer possíveis correções de dados equívocos.

Aqui, a jurisprudência se fez inicialmente vacilante no que tange a forma e comprovação da comunicação ao consumidor da abertura de cadastro em seu nome e de eventuais lançamentos de dados junto ao mesmo.

Influenciados pelos autores do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, os primeiros julgados do Tribunal de Justiça se fizeram com a exigência de que a comunicação, além de ser por escrito, deveria se dar com aviso de recebimento. Ou seja, o demonstrativo do recebimento, por parte do destinatário, se impunha.

Aí, se costumava lembrar, nas decisões, a seguinte passagem de A. HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN: "impõe o Código de Defesa do Consumidor que a comunicação ao consumidor seja por escrito. Ou seja, não observa o ditame da lei um telefone ou um recado oral. Escrita, sim, mas sem maiores formalidades. Não se trata de intimação. É uma simples carta, telex, telegrama ou mesmo fax. Sempre com demonstrativo de re-

cebimento...” (**Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Forense Univ, 8ª ed., p. 459).

Esta orientação inicial – que trazia a exigência da prova do recebimento, geralmente por aviso assinado – acabou sendo superado diante da necessidade de mecanismos práticos, respaldando a ideia de informalidade e celeridade, o que trouxe a sedimentação no sentido de ser bastante a prova da simples postagem da carta, ou outra forma de comunicação, constando o endereço do consumidor.

Notando a dificuldade causada para viabilizar o sistema cadastral com exigência do “aviso do recebimento” e a constatação de que a quase totalidade das cartas postadas alcançam seus destinatários, o Tribunal acabou optando pela via mais rápida e econômica, devendo ser respeitado prazo razoável de espera pela manifestação do destinatário, entendido como o de 5 (cinco) dias, por aplicação da analogia ao §3º, do art. 43.

Assim, surge hoje no Tribunal uma nova questão: a responsabilidade pela não informação ao consumidor, diante de comunicação enviada a endereço diverso do verdadeiro domicílio deste último.

Neste caso, parece haver uma tendência a checar quem deu causa ao erro na indicação do endereço. Havendo culpa do credor quando enviou ao “banco de dados” qualificação inadequada, com domicílio diverso do real, responde apenas este, como se pode ver do seguinte julgado da 5ª Câmara Cível: “... Se o banco de dados, após cumprir com o seu dever de informação, procedeu à negativação a partir de dados prestados pelo suposto credor, não é possível impor-lhe responsabilidade. Rompimento do nexo de causalidade” (Ap. Cível 2005.001.17349).

Já se os dados pessoais do devedor encontram-se certos, e o “banco de dados” procede com erro, e inviabiliza o cumprimento do dever de comunicar, responde apenas este último, pois quem deu a causa direta e imediata.

Esta a orientação que parece começar a ter prevalência, colocando-se, entretanto, cedo para identificar o norte final.◆

SÚMULA Nº 110

"Com fundamento no artigo 5º XXXII da Lei Maior e art 6º, III do Código de Defesa do Consumidor, somente a partir de 1 º de janeiro de 2006, a empresa de telefonia fixa estará obrigada a instalar aparelho medidor de pulsos telefônicos, discriminando nas faturas o número chamado, a duração, o valor, a data e a hora da chamada".

Referência[15]

MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA
DESEMBARGADORA

O Programa Nacional de Desestatização, iniciado no Governo Collor e paralisado por razões políticas durante o governo Itamar Franco, foi retomado durante o governo Fernando Henrique Cardoso.

A jornalista Miriam Leitão[16] comenta que a Telebrás foi criada no intuito de propiciar comunicações estratégicas e integradoras em um país de dimensões continentais. Adotava-se, então, um modelo de nacionalismo exacerbado. O presidente Fernando Henrique Cardoso, ao assumir, enviou ao Congresso uma emenda, tendo em mira a reforma da Constituição no capítulo relativo à Ordem Econômica, propondo o fim do monopólio da Telebrás, entre outras empresas, eliminando a diferença entre capital nacional e empresa estrangeira.

"A mais bem sucedida privatização foi a da telefonia, mas a venda também produziu controvérsias. Aconteceu no finalzinho do primeiro governo Fernando Henrique Cardoso. A venda foi mais bem planejada e os ganhos para os consumidores mais palpáveis... O Brasil passou a ter telefone. A regulação buscou duas

15 Uniformização de Jurisprudência nº 2005.018.00004. Julgamento em 07/01/2005. Relator Desembargador Paulo Ventura. Votação por maioria. Registro do Acórdão em 26/12/2005.

16 LEITÃO, Miriam. Saga Brasileira: a longa luta um povo por sua moeda, 2ª ed. – Rio de Janeiro – Record 2011, PP. 309/319.

metas: universalizar os serviços e produzir competição entre as empresas.

A privatização era a chance de fazer a grande revolução em que o telefone deixasse de ser um bem, que se declarava no Imposto de Renda para ser um serviço acessível a todos. Era previsto elaborar um modelo de venda que obrigasse as empresas a cumprir metas de universalização. Era o momento em que explodia no mundo a revolução das telecomunicações e da Internet. O Brasil estava espantosamente atrasado". (op.cit.p.312).

Segundo dados da ANATEL, em 1997, antes da privatização, o Brasil tinha 17 milhões de linhas fixas, ao passo que, em julho de 2007, já haviam sido instalados 52,7 milhões de telefones fixos, registrando-se 39,4 milhões em uso.

Paralelamente a esse panorama, os consumidores, cada vez mais conscientes dos seus direitos e amparados pela legislação especial (Lei 8078/90) e pela Constituição (artigo 5° XXXII), abarrotavam os tribunais com demandas referentes à cobrança de pulsos excedentes, sem a respectiva discriminação por parte da operadora de telefonia, a qual, amparada no contrato de concessão, estava autorizada a postergar tais informações para momento futuro, previsto inicialmente na Resolução 423/2005 da ANATEL, cujo prazo foi prorrogado para 31 de julho de 2007, nos termos da Resolução 432/2006.

A matéria referente ao estabelecido no contrato de concessão, cujo cumprimento devidamente fiscalizado pela Agência Reguladora, a ANATEL, e em conformidade com as resoluções editadas pela autarquia, no sentido de assegurar à concessionária um prazo de carência para implantação da nova tecnologia, com a substituição do sistema analógico pelo digital e, por conseguinte, a partir de então, com a discriminação dos serviços prestados, cumprindo-se os princípios basilares da doutrina consumerista, tal qual previsto no artigo 6°, III do CDC, atendendo-se ao direito à informação e ao princípio da transparência não foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, que se limitou a reconhecer a inconstitucionalidade de

uma lei distrital, que pretendeu impor a instalação de contadores de giros em cada ponto de consumo, como se extrai da ementa adiante transcrita:

> **ADI 3533 / DF - DISTRITO FEDERAL**
>
> **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**
>
> **Relator(a): Min. EROS GRAU.**
>
> **Julgamento: 02/08/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno**
>
> **Publicação:** DJ 6-10-2006 PP-00032
> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA LEI DISTRITAL N. 3.596. IMPOSIÇÃO, ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA FIXA QUE OPERAM NO DISTRITO FEDERAL, DE INSTALAÇÃO DE CONTADORES DE PULSO EM CADA PONTO DE CONSUMO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 22, IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.
>
> *1. A Lei distrital n. 3.596 é inconstitucional, visto que* ***dispõe sobre matéria de competência da União, criando obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão do serviço público, a serem cumpridas pelas concessionárias de telefonia fixa --- artigo 22, inciso IV, da Constituição do Brasil****. 2. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei distrital n. 3.596/05.*

Em outros julgados submetidos àquela Corte, decidiu-se pelo descabimento da intervenção da Agência Reguladora, a ANATEL, nos processos em que se questionava a cobrança dos pulsos excedentes sem discriminação, concluindo-se no sentido da simplicidade das questões postas nos recursos examinados, que deveriam ser julgados pela justiça estadual, não havendo qualquer restrição à tramitação dos processos perante os Juizados Especiais.

> *AI 747428 AgR / MG - MINAS GERAIS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO*
>
> *Relator(a): Min.CÁRMENLÚCIA*
>
> *Julgamento: 25/08/2009*
>
> *Órgão Julgador: Primeira Turma*

Publicação DJe-181- DIVULG 24-09-2009 - PUBLIC 25-09-2009 - EMENTA VOL-02375-09-PP-02

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TELEFONIA. COBRANÇA DE PULSOS ALÉM DA FRANQUIA. DETALHAMENTO NA FATURA. CONTROVÉRSIA SOBRE A RELAÇÃO DE CONSUMO E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

AI 708345 ED / MG - MINAS GERAIS

EMB.DECL.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 14/04/2009

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009

EMENTAS: 1. RECURSO. Embargos de declaração. Caráter infringente. Embargos recebidos como agravo. Recurso. Extraordinário. Inadmissibilidade. Preliminar de repercussão geral. Existência. Comprovação. Decisão agravada. Reconsideração. Demonstrada a existência da preliminar de repercussão geral do recurso, deve este ser conhecido. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Telefonia. Pulsos além da franquia. Competência, complexidade da causa e desequilíbrio contratual. Alegações rejeitadas. Precedente do Pleno. Decisão mantida. Agravo regimental não provido. O Plenário da Corte assentou que, nas ações que versem cobrança de pulsos além da franquia, a competência é da Justiça Comum, não há complexidade para julgamento e o mérito se restringe ao âmbito infraconstitucional

EMENTA: TELEFONIA. COBRANÇA DE PULSOS ALÉM DA FRANQUIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. MATÉRIA QUE SE INSERE NO ÂMBITO DE COGNIÇÃO DOS JUIZA-

DOS ESPECIAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ANATEL. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA MATÉRIA QUE ENVOLVE ANÁLISE DO CONTRATO DE CONCESSÃO.

1. Por não figurar na relação jurídica de consumo, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL carece de legitimidade para compor o pólo passivo de ação movida pelo particular, usuário do serviço de telefonia móvel, contra a concessionária. 2. Ausente participação da autarquia federal, sob qualquer das hipóteses previstas no art. 109, I, da Constituição, a competência é da Justiça Estadual. 3. Em se tratando de demanda que se resolve pela análise de matéria exclusivamente de direito, a dispensar instrução complexa, cabível seu processamento no Juizado Especial. 4. Reveste-se de natureza infraconstitucional a matéria relacionada à relação de consumo e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. 5. Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça submeteu ao regime do artigo 543-C do CPC e Resolução STJ 08/08, o REsp 1.074.799/MG, paradigma de controvérsia, restando assentado que:

EMENTA: TELEFONIA FIXA. DETALHAMENTO DAS CHAMADAS. OBRIGATORIEDADE. TERMO INICIAL. SOLICITAÇÃO DO USUÁRIO. OBRIGATORIEDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO TIDOS COMO PROTELATÓRIOS. MULTA. AFASTAMENTO. SUMULA 98/STJ.

I. O Estado, com a edição do Decreto no. 4.733/2003, entre outras medidas necessárias para a alteração do sistema de tarifação de pulsos para tempo de utilização, determinou o detalhamento de todas as ligações locais e de longa distância.

II. O prazo para conversão do sistema, inicialmente previsto para 31 de julho de 2006 pela Resolução 423/2005, foi ampliado em doze meses pela Resolução 432/2006, para não prejudicar

os usuários da internet discada, os quais, neste prezo, foram atendidos com plano alternativo apresentado na Resolução 450/2006.

III. Assim, a partir de 01 de agosto de 2007, data da implantação total do sistema, passou a ser exigido das concessionárias o detalhamento de todas as ligações na modalidade local, independentemente de ser dentro ou fora da franquia contratada, por inexistir qualquer restrição a respeito, conforme se observa do constante do art. 83 do anexo à Resolução 426/2005, que regulamentou o sistema de telefonia fixa.

IV. Também no artigo 83 do anexo à Resolução 426/2005, restou reafirmada a determinação para que a concessionária forneça, mediante solicitação do assinante, documento de cobrança contendo o detalhamento das chamadas locais, entretanto ficou consignado que o fornecimento do detalhamento seria gratuito para o assinante, modificando, neste ponto, o constante do artigo 7º, X, do Decreto no. 4.733/2003.

V. A solicitação do fornecimento das faturas discriminadas, sem ônus para o assinante basta ser feita uma única vez, marcando para a concessionária o momento a partir do qual o consumidor pretende obter suas faturas com detalhamento.

VI. Revogação da Súmula 357/STJ que se impõe.

VII. Recurso especial parcialmente provido (Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08).

e ainda:

TELEFONIA FIXA. DETALHAMENTO DAS CHAMADAS. OBRIGATORIEDADE. TERMO INICIAL. SOLICITAÇÃO DO USUÁRIO. GRATUIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO TIDOS COMO PROTELATÓRIOS. MULTA. AFASTAMENTO. SÚMULA 98/STJ.

I - O Estado, com a edição do Decreto nº 4.733/2003, entre outras medidas necessárias para a alteração do sistema de tarifação de

pulsos para tempo de utilização, determinou o detalhamento de todas as ligações locais e de longa distância.

II - O prazo para a conversão do sistema, inicialmente previsto para 31 de julho de 2006 pela Resolução 423/2005, foi ampliado em doze meses pela Resolução 432/2006, para não prejudicar os usuários da internet discada, os quais, neste prazo, foram atendidos com plano alternativo apresentado na Resolução 450/2006.

III - Assim, a partir de 01 de Agosto de 2007, data da implementação total do sistema, passou a ser exigido das concessionárias o detalhamento de todas as ligações na modalidade local, independentemente de ser dentro ou fora da franquia contratada, por inexistir qualquer restrição a respeito, conforme se observa do constante do artigo 83 do anexo à Resolução 426/2005, que regulamentou o sistema de telefonia fixa.

IV - Também no artigo 83 do anexo à Resolução 426/2005, restou reafirmada a determinação para que a concessionária forneça, mediante solicitação do assinante, documento de cobrança contendo o detalhamento das chamadas locais, entretanto ficou consignado que o fornecimento do detalhamento seria gratuito para o assinante, modificando, neste ponto, o constante do artigo 7º, X, do Decreto nº 4.733/2003.

V - A solicitação do fornecimento das faturas discriminadas, sem ônus para o assinante basta ser feita uma única vez, marcando para a concessionária o momento a partir do qual o consumidor pretende obter suas faturas com detalhamento.

VI - Revogação da súmula 357/STJ que se impõe.

VII - Recurso especial parcialmente provido (Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08).

(REsp 1074799/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 08/06/2009)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO DE PULSOS. NÃO-OBRIGATORIEDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. LESÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NÃO-RECONHECIDA.

1. A Corte Especial, na questão de ordem no Ag 845.784/DF, entre partes Brasil Telecom S/A (agravante) e Zenon Luiz Ribeiro (agravado), resolveu, em 18.04.2007, que, em se tratando de ações envolvendo questionamentos sobre a cobrança mensal de "assinatura básica residencial" e de "pulsos excedentes", em serviços de telefonia, por serem preços públicos, a competência para processar e julgar os feitos é da Primeira Seção, independentemente de a Anatel participar ou não da lide.

2. As empresas que exploram os serviços concedidos de telecomunicações não estavam obrigadas a discriminar todos os pulsos nas contas telefônicas, especialmente os além da franquia, bem como as ligações de telefone fixo para celular, até o dia 01 de janeiro de 2006, quando entrou em vigor o Decreto n. 4.733/2003, art. 7º. A partir dessa data, o detalhamento só se tornou obrigatório quando houvesse pedido do consumidor com custo sob sua responsabilidade.

3. Lesão a direito do consumidor que não está caracterizada.

4. Ausência de violação do art. 6º III, da Lei n. 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

5. Recurso especial não-provido.

(REsp 925.523/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 30/08/2007, p. 235).

No Tribunal do Rio de Janeiro, a matéria foi objeto do INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA com o julgamento do processo nº 0021381-89.2005.8.19.0000 (2005.018.00004), em 07/11/2005, cuja relatoria

coube ao saudoso Desembargador Paulo Ventura, daí resultando a Súmula em comento, aprovada pela maioria.

> EMPRESA DE TELEFONIA. MEDIDOR DE PULSOS DISCRIMINACAO NAS FATURAS. OBRIGATORIEDADE SUMULA 110, DO T.J.E.R.J.
>
> *Uniformização de Jurisprudência. Usuária exigindo que a concessionária dos serviços de* ***telefonia*** *local discrimine, de forma detalhada, os* ***pulsos*** *inseridos na franquia e aqueles tidos como* ***excedentes,*** *informando-se o numero chamado, duração, valor, data e hora de cada uma de suas chamadas, alegando não estar, caso contrario, obrigada a aceitar valores que reputa como discricionariamente lançados . Contraposição do artigo 7., X, do Decreto n. 4.733, de 10/07/2003, editado pelo atual Governo Federal para regulamentar a Lei n. 9.472, de 16/07/1997, e da Resolução n.30/98 - Plano Geral de Metas de Qualidade -, da ANATEL. Crê-se que, em tal ponderação de valores, devam prevalecer as normas ditadas para o próprio setor de* ***telefonia,*** *entendendo-se que as mesmas não atritam com as disposições genéricas do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que não e' razoável exigir-se um progresso de tal área em um Pais de dimensões continentais e desigualdades inigualáveis em tão pouco tempo. O incremento tecnológico necessário a tal avanço encontra-se intimamente relacionado com o equilíbrio econômico-financeiro previsto em clausulas do respectivo contrato de concessão. O ansiado detalhamento só' poderá' ocorrer ou ser cobrado a partir de 1. de janeiro de 2006, apos o completo redimensionamento do sistema. Vencido o Des. Fabrício Bagueira Filho.* ***Ementário****: 08/2006 - N. 24 - 23/02/2006* ***REV. DIREITO DO T.J.E.R.J.****, vol 67, pag 166.*

Analisando-se todos os julgados, verifica-se que prevaleceu o entendimento de que não havia violação ao previsto no CDC, senão preponderância do interesse coletivo, que era a universalização do acesso à telefonia e, por conseguinte, a observância dos prazos para complementar a implantação do sistema digitalizado, com a conseqüente discriminação dos pulsos

excedentes, tal qual determinado no Decreto 4733/2003 e nas Resoluções da ANATEL. A Súmula em exame, em homenagem à simetria que se busca alcançar desde a implantação da Reforma Processual (artigo 543 B e C do Código de Processo Civil), em sua substância, está conforme a orientação do julgado paradigma, do qual diverge apenas no que se refere à data em que se entendeu exigível a discriminação dos pulsos excedentes, mas em razão da data do julgamento pelo colendo STJ.◆

SÚMULA Nº 112

"É nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como "stent" e "marcapasso".

Referência[17]

JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO
DESEMBARGADOR

De acordo com a literatura médica, órteses são aparelhos destinados a suprir ou corrigir a alteração morfológica de um órgão, de um membro ou de um segmento de um membro ou, ainda, a deficiência de uma função. Já as próteses, na toada da mesma doutrina, são conceituadas como aparelhos ou dispositivos destinados a substituir um órgão, um membro ou parte do membro destruído ou gravemente acometido.[18]

Na verdade, como fazem ver MAURY ÂNGELO BOTTESINI e MAURO CONTI MACHADO, "*as próteses têm a finalidade de substituição de partes do corpo humano destruído ou danificado parcialmente em razão de doenças, acidentes, ou excisadas em atos cirúrgicos curativos*". Já as órteses, "*são aparelhos com a função complementar ou auxiliar de alguma função orgânica diagnosticada como deficitária*".[19]

A Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 2.177-44 de 2001, prevê, no art. 10, inciso VII, a não obrigatoriedade de cobertura apenas para órteses, próteses e seus

17 Súmula da Jurisprudência Predominante nº 2006.146.00003. Julgamento em 11/09/2006. Relator: Desembargadora Maria Henriqueta Lobo. Votação unânime.

18 Manual operativo para dispensação e concessão de órteses, próteses e meios auxiliares de locomoção do Estado do Rio Grande do Sul.

19 BOTTESINI, Maury Antelo e MACHADO, Mauro Conti. Lei dos Planos e Seguros Saúde. São Paulo, RT, 2005, p. 85.

acessórios, não ligados ao ato cirúrgico, nos planos abrangentes de internação hospitalar.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, aliás, ao editar a Resolução Normativa nº 167, de 9 de janeiro de 2008, autorizando as exclusões assistenciais previstas no artigo 10 da Lei 9.656/98, deixa expresso em seu artigo 13, inciso VII, que o fornecimento de próteses e órteses é obrigatório, sempre que sua implantação se faça através de ato cirúrgico, qualquer que seja a sua natureza.

O direito à saúde consagrado em norma constitucional reproduzida nos artigos 2º, 3º e 15, § 2º, da Lei 10.741/2003, além disso, também assegura ao idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, o fornecimento gratuito de medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Logo, a cláusula contratual que exclui de cobertura a órtese ou prótese que integrem, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro saúde, como, por exemplo, stent e marcapasso são abusivas, por restringir direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, ameaçando seu objeto e equilíbrio, nos termos do art. 51, IV, e seu parágrafo 1º, inciso II, do CDC.

A negativa de cobertura de próteses ou órteses, além de configurar conduta abusiva por parte do fornecedor, é também fonte geradora de dano moral, in re ipsa, uma vez que, por ser atentatória à dignidade da pessoa humana, viola os princípios do direito fundamental à saúde e à vida, impondo ao paciente-consumidor sofrimento, submissão e humilhação exacerbada que extrapolam o simples aborrecimento, ou o mero inadimplemento contratual.◆

SÚMULA Nº 129

"Nos casos de reparação de danos causados ao consumidor por equiparação, nos termos dos arts. 17 e 29, combinados com os arts. 12 a 14, todos do CDC, os juros de mora contar-se-ão da data do fato".

Referência[20]

MAURO DICKSTEIN

DESEMBARGADOR

Trata o verbete do contexto enfocado no art. 17, do CDC, segundo o qual, basta ser "vítima" de um produto ou serviço para se equiparar à posição de consumidor, estando assim, legalmente amparada pelas normas protetivas do Codex consumerista.

Ainda que a parte não venha adquirir bens ou serviços, e da aludida relação negocial entre terceiros não haja participado, originalmente, aplicam-se as disposições da Lei nº 8.078/90, cujos princípios ali dispostos, em especial, o da boa-fé objetiva e o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, lhe asseguram o ressarcimento dos prejuízos decorrentes dos efeitos secundários sofridos, em razão do direito à efetiva prevenção e necessidade de reparação quanto aos danos morais e patrimoniais sofridos, em que pese, como já mencionado, cuidar-se de reconhecida relação extracontratual.

O legislador ampliou o conceito de consumidor estabelecido no *caput*, do art 2º, ao conferir igual proteção a terceiros, não integrantes da relação, se do acidente de consumo resultou-lhes prejuízos, caracterizando o dever de indenizar a simples ocorrência do fato e do dano.

Assim, ainda que o dano haja sido causado a terceiro, não integrante da relação contratual, aplica-se a responsabilidade civil objetiva, respalda-

20 Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2006.146.00007. Julgamento em 21/12//2006. Relator: Desembargador Antonio José Azevedo Pinto. Votação unânime.

da pela teoria do empreendimento, segundo a qual, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de produtos e serviços, tem o dever de responder pelos fatos e vícios dela resultantes, independentemente de culpa, desde que não estejam presentes quaisquer excludentes previstas no art. 14, §3º, do CDC.

Os danos causados pelos fornecedores serão de sua responsabilidade, sem que se perquira a existência da relação de consumo, em sentido estrito, ou mesmo a culpa, pois, a obrigação de indenizar decorre do dever genérico inserto no princípio *neminem laedare.*

Nesse contexto, caracterizados os elementos configuradores da reparação, os juros de mora recebem o tratamento com inspiração na súmula 54, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

Isso porque, fez-se distinção entre a natureza do ilícito, levando em conta se fundada em responsabilidade contratual ou extracontratual. No primeiro caso, a ilicitude está relacionada à violação de um dever jurídico preexistente, por força dos princípios inerentes ao contrato, boa-fé, segurança, etc..., e os juros obedecem a regra geral, fluindo a partir da citação, art. 405, do Código Civil.

No que concerne à responsabilidade extracontratual, aplicou-se o art. 186, combinado com o art. 398, ambos do Código Civil, prevendo este último que "*nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o praticou*".

Consigne-se a existência de precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça, por seu Órgão Especial, ao apreciar a sugestão do enunciado nº 18/2006, destacando, na oportunidade, o Relator, Excelentíssimo Senhor Desembargador Antônio José Azevedo Pinto, que a tese mereceria aprovação "*até porque se acha na esteira da jurisprudência firmada pelo STJ, quando entende que o consumidor equiparado firma relação extracontratual com o fornecedor e, em assim sendo, consideram-se os juros de mora devidos desde a data do ato, não existindo contrato inadimplido para marcar o termo de contagem de qualquer verba indenizatória*", originando a súmula nº 129.

Assim, versando o tema sobre "consumidor por equiparação", os juros de mora contam-se da data do fato, porquanto, não integrante do negócio jurídico estabelecido entre os sujeitos daquela relação consumerista. Havendo sofrido suas conseqüências danosas, o caráter híbrido daquele contexto faz surgir a proteção decorrente da responsabilidade objetiva, dada a hipossuficiência técnica da vítima, e o aspecto extracontratual (ato ilícito), para efeito de se considerar a mora, no tocante aos juros devidos.

Precedentes:

Informativo nº 0468, do Colendo Superior Tribunal de Justiça

Agravo de Instrumento nº 1142787 – Superior Tribunal de Justiça

Apelação Cível nº 2007.001.36450

Apelação Cível nº 0075039-20.2008.8.19.0001

Apelação Cível nº 2008.001.18411

Apelação Cível nº 2009.001.18297

Apelação Cível nº 2009.001.56951

Apelação Cível nº 0169227-34.2010.8.19.0001

Apelação Cível nº 0000061-54.2007.8.19.0083

Apelação Cível nº 0368304-58.2009.8.19.0001

Apelação Cível nº 0218268-67.2010.8.19.0001◆

SÚMULA Nº 130

"O fornecimento de água limpa e potável é serviço essencial, sendo ilegal a cobrança do ICMS por parte das empresas concessionárias".

Referência[21]

ROBERTO GUIMARÃES
DESEMBARGADOR

Visa, o presente estudo, o exame da Súmula nº 130 deste E. Tribunal de Justiça, originada do julgamento pelo E. Órgão Especial, na sessão realizada aos 04/01/2007, da Uniformização de Jurisprudência nº 2006.015.0005 na Apelação Cível nº 50001/2006, esta distribuída à Quarta Câmara Cível. O acórdão unânime foi conduzido pelo voto da Relatora, a eminente Desembargadora Valéria Maron.

A origem do dissenso entre as Câmaras Cíveis deste E. Tribunal de Justiça, o que ocorria também, e pelo visto ainda ocorrem nas Cortes de Justiça dos demais Estados membros, dizia respeito a poderem, estes últimos, instituir o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, previsto no art. 155, inc. II e parágrafos 2º a 5º da Constituição Federal promulgada em 05/10/1988, sobre a cobrança de água natural canalizada, captada e tratada pelo próprio Poder Público ou através de concessões e fornecida às pessoas físicas e jurídicas. Trata-se, portanto, do serviço público de abastecimento de água canalizada.

Não se discute, sob essa ótica, aquela outra modalidade de comercialização de água mineral, preparada, embasada e objeto de compra e venda como normais "operações relativas à circulação de mercadorias", consoante previsto no sobredito dispositivo constitucional.

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias, como competência dos Estados, surgiu na Constituição de 1891, mas apenas com relação a merca-

21 Uniformização de Jurisprudência nº. 2006.018.00005. Julgamento em 04/01//2007. Relator: Desembargadora Valéria Maron. Votação unânime.

dorias estrangeiras destinadas ao consumo no território do Estado importador, sendo que o produto do imposto revertia para o Tesouro Federal (art. 9º, § 3). Relativamente à circulação de mercadorias, havia inclusive a expressa proibição, tanto para a União como para os Estados, de "criar impostos de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados da República, ou estrangeiros, e bem assim sobre os veículos, de terra e água, que os transportarem" (art. 11, § 1º). Acrescente-se que, para a Constituição de 1981, "o Distrito Federal é administrado pelas autoridades municipais" e "as despesas de caráter local, na Capital da República, incumbem exclusivamente à autoridade municipal" (art. 67 e parágrafo único).

O imposto sobre circulação de mercadorias, como imposto de competência dos Estados, surgiu na Constituição Federal de 1934 com a designação de Imposto Sobre Vendas e Consignações "efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive os industriais" (art. 8º, inc. I alínea "e"), e deveria ser, o de vendas, "uniforme, sem distinção de procedência, destino ou espécie dos produtos" (art. 8º, inc. II, § 1º). Curiosamente, o imposto sobre o "consumo de combustíveis de motor de explosão" já vinha previsto, e de forma específica, na alínea "d" daquele inciso I.

A mesma denominação para o imposto em exame encontrou nas Constituições Federais de 1937 (alínea "d", inc. I art. 23) e de 1946 (inc. IV art. 19). Apenas que, nesta última, a de 1946, surge a expressa previsão para o imposto sobre "os atos regulados por lei estadual, **os dos serviço**s de sua justiça e os negócios de sua economia" (art. 19, inc. VI), quando a anterior falava em "taxa de serviços estaduais" (art. 23, inc. II).

A partir da Constituição de 1934, as fontes de receita do Distrito Federal passam a ser as mesmas que competem aos Estados e Municípios, cabendo-lhe todas as despesas de caráter local (1934 - art. 15; 1937 – art. 30; 1946 – art. 26, § 4º).

A denominação Imposta sobre Circulação de Mercadorias surgiu com a Constituição de 1967, que o previa como de competência da União para "circulação, distribuição ou consumo" de lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos, minerais do País e de distribuição ou consumo de energia

elétrica (art. 22, incisos VIII, IX e X). Com relação aos Estados e ao Distrito Federal previa a competência para as "operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos, na forma do art. 22, § 6º (ou seja, circulação e distribuição ao consumidor final, utilizados por veículos rodoviários), realizadas por produtores, industriais e comerciais" (art. 24, inc. II - a inserção entre parênteses é explicativa e não é do original). Todavia, o Ato Complementar nº 40/1968 deu nova redação ao inc. II do art. 24, dele retirando as operações relativas à circulação de lubrificantes e combustíveis líquidos.

A Constituição Federal de 1969 manteve a competência da União para instituir imposto sobre produção, importação, **circulação, distribuição ou consumo** de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos, de energia elétrica, de minerais do País enumerados em lei (art. 21, incisos VIII e IX). Aos Estados e ao Distrito Federal competia-lhes, como na anterior Carta Magna, apenas instituir imposto sobre "operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes" (art. 23, inc. II).

Finalmente, a Constituição Federal promulgada aos 05/10/1988 sintetizou a atual nomenclatura do ICMS, prevendo a competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir o imposto sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior" (art. 155, inc. II).

Para o objeto deste sintético estudo – a Súmula nº 130 deste E. Tribunal de Justiça – mostra-se de interesse ressaltar que, da atenta leitura dos diversos incisos, parágrafos e alíneas do comentado artigo 155, o ICMS se espraia, de forma absolutamente expressa, sobre as operações relativas ao petróleo, inclusive aos lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, à energia elétrica, ao gás natural, aos combustíveis de origem outra que não o petróleo, aos minerais do País, ao serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita e aos serviços de telecomunicações. Mas, em nenhum momento a Constituição de 1988 sequer menciona a possibilidade de as águas naturais públicas e o serviço público de fornecimento de água

canalizada se tornar objeto de tributação do ICMS, como, aliás, nenhuma das anteriores Cartas Magnas o fez!

Conhecido é o princípio de interpretação das Leis, segundo o qual não contêm palavras desnecessárias, como também não deixam de conter as necessárias.

II – DISCUSSÃO:

Obviamente interessados em manter uma fonte de receita segura e volumosa para os cofres públicos, na 17ª Reunião Extraordinária do Conselho de Política Fazendária realizada em Brasília no dia 24/10/1989, os então Ministro da Fazenda e Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados membros e do Distrito Federal firmaram o CONVÊNIO ICMS Nº 98/89, onde os dois últimos ficaram autorizados a "**I – conceder isenção do ICMS em operações com água natural canalizada**, nas hipóteses previstas na legislação estadual" e "II- conceder dispensa do recolhimento do imposto devido até a data da implementação deste Convênio" (o destaque não é do original).

Ora, é corolário da lógica mais elementar que somente se pode conceder a isenção de um tributo caso preexista ele no universo jurídico-tributário. A previsão da isenção de cobrança do ICMS para o abastecimento de água encanada evidencia, a toda prova, que, à falta de Convênio a respeito, poderia ele ser objeto de tributação.

E tamanha se mostrava para os entes federados, na hipótese, a certeza da existência de operação tributável que, além do citado Convênio, anos após, na 79ª Reunião Ordinária daquele mesmo Conselho realizada em 26/10/1995, os Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul firmaram o CONVÊNIO ICMS Nº 77/95, através do qual ficaram eles "**autorizados a revogar a isenção de água canalizada**, concedida com base no Convênio ICMS nº 98/89", bem como "a reduzir a base de cálculo do ICMS nas operações internas com água natural canalizada, em até 100% (cem por cento) de acordo com critérios e parâmetros a serem definidos pela legislação estadual" (o destaque não é do original).

A conduta assim revelada, e adotada pelo então Ministro da Fazenda e Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal, partia da falsa premissa de que, como a água obtida dos mananciais naturais necessariamente se via submetida a um complexo processo de tratamento, posteriormente, ao ser disponibilizado ao público era diferente daquela encontrada no seu estado natural e, por conseqüência, como fornecimento de bem corpóreo, passava a configurar uma operação de circulação de mercadoria, sujeita ao ICMS.

Discordam veementemente dessa visão mercantilista jurista como Clésio Chiesa (*in* Revista de Direito Tributário da APET, ano III, Ed. 12, dez/06, p. 234), Affonso Leme Machado (*in* Recursos Hídricos, Ed. Malheiros-SP, 2002, p. 25), José Eduardo Soares de Melo (*in* ICMS – Teoria e Prática, Ed. Dialética-SP, 2009, p.20).

Certamente, os defensores da teoria ou entendimento fazendários desconsideraram o fato que a Constituição Federal elenca, entre os bens pertencentes à União, "os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos e as praias fluviais", assim como "o mar territorial" (art. 20, III e VI, da CF). Da mesma forma, alinha entre os bens dos Estados "as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União" (art. 26, I, da CF).

E mais, determina que seja de inteira responsabilidade do Poder Público ("incumbe ao"), diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos (art. 175, CF). Interessante notar que, em seu artigo 176 e parágrafos, a Constituição menciona uma distinção entre a propriedade do solo e os recursos minerais e, quanto à água, tão somente com relação aos potenciais de energia elétrica, mas não com relação ao fornecimento de água canalizada à população.

E, ainda que o serviço público em tela possa ser prestado por terceiros, ao tratar da concessão para o aproveitamento das águas públicas, expressamente dispôs o Decreto Federal nº 24.643/1934 (Código das Águas) que:

> "Art. 46. A concessão não importa, **nunca**, a alienação parcial das águas públicas, **que são inalienáveis**, mas no simples direito ao uso destas águas." (destaquei).

Da mesma forma se posiciona a Lei nº 9.433/97 (Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos) ao tratar da outorga, pelo Poder Público, do direito de derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, abastecimento público, ou insumo de processo produtivo, *litteris*:

> "Art. 18. A outorga não implica a alienação parcial das águas, **que são inalienáveis**, mas o simples direito de seu uso." (destaquei).

Em assim procedendo, o Decreto Federal nº 24.643/1934 e a Lei nº 9.433/97 nada mais fazem que explicitar o comando constitucional do artigo 175, parágrafo único, inciso II, onde se lê que, no regime de concessão ou autorização, a lei disporá sobre "os direitos **do usuário**".

Aliás, a inalienabilidade dos bens públicos de uso comum do povo também vem repetida no art. 100 do vigente Código Civil. Acrescente-se que é competência e obrigação comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios conservarem o patrimônio público (art. 23, I, CF).

A esse ponto, importa trazer à colação as seguintes limitações ao poder de tributar, que a Carta Magna Federal impõe a todos os entes da Federação, a saber:

> "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:"
>
> "I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;"
>
> "VI - instituir impostos sobre:"
>
> "a - <u>patrimônio</u>, renda ou <u>serviços</u> uns dos outros;"

Há que se entender o universo dessa limitação constitucional ao poder de tributar dos entes federativos de uma forma amplificativa e gené-

rica, compreendendo todo o patrimônio natural, mobiliário, imobiliário, científico, artístico, cultural e intelectual (art. 23, incisos I, III, IV, V, VI, CF) e todos os serviços, executados pelos próprios entes ou por concessão ou autorização destes.

Portanto, a água, sob o aspecto ora enfocado e à luz do sistema jurídico brasileiro, jamais poderá ser conceituada ou considerada como mercadoria. É ela um recurso natural, essencial para atender às necessidades básicas do ser humano. Seu tratamento e distribuição são formas de garantir a saúde pública e a própria vida da pessoa humana. Trata-se de assegurar a efetividade dos princípios fundamentais em que se assenta a República Federativa do Brasil e que se encontram inscritos logo em seu artigo 1º: o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana (incisos I e II), bem como assegurar o direito fundamental à vida (art. 5º, *caput* e 6º). Isto sem esquecer as obrigações também constitucionais dos entes federados de cuidar da saúde e assistência pública (arts. 23, II, 196, 227, § 1º, CF) e de promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX,CF).

III – CONCLUSÃO:

Por isso, com inteira razão e incontestável embasamento constitucional e infraconstitucional, o E. Órgão Especial, estribando-se em inúmeros julgados das mais diversas E. Câmaras Cíveis desta Corte de Justiça decidiu pela unanimidade de seus membros, em favor do melhor posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito da matéria ora enfocado ao julgar a Uniformização de Jurisprudência nº 2006.015.0005. Isto porque, conforme reconhecido também pelo E. STJ e pelo E. STF, o fornecimento de água potável à população não caracteriza mercadoria, a mera outorga não implica a alienação das águas por se tratar de bem de uso comum do povo inalienável, não constituindo o serviço hipótese de tributação por se revestir de caráter público e essencial.

Citem-se, apenas á guisa de exemplificação, os seguintes acórdãos deste E. Tribunal de Justiça: Apelações Cíveis 2006.001.50408, Rel. Des. Ademir Pimentel, 13ª CC, julg. em 28/02/07; 2006.001.42623, Rel. Des. Maurí-

cio Caldas Lopes, 2ª CC, julg. em 06/06/07; Apelações Cíveis 2007.001.23315 e 2007.001.58026, Rel. o hoje Min. do E. STJ Luis Felipe Salomão, 18ª CC, julg. em 17/07/07 e 19/02/08; 2007.001.64632, Rel. Des. Claudio de Mello Tavares, 11ª CC, julg. em 06/08/08; 2008.001.33926, Rel. Des. Nancy Mahfuz, 12ª CC, julg. em 07/04/09; 2007.001.59018, Rel. Des. Joaquim Alves de Brito, 9ª CC, julg. em 14/04/09; 2009.001.44873, Rel. Des. Inês da Trindade, 13ª CC; julg. em 10/02/10.

No mesmo sentido se colhem os seguintes arestos do E. Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1.081.573-RJ, Segunda Turma, Rel, Min. Mauro Campbell Marques, julg. 23/02/10; AGRg no REsp 1.056.579/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 05/10/09; AgRg no REsp 1.014.113/RJ, Rel. Mins. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 23/06/08; AgRg no Ag 814.335/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ de 19/12/07.

Por fim, no paradigmático julgamento capitaneado pelo eminente Ministro ILMAR GALVÃO assim a E. Suprema Corte do País decidiu a *vexata quaestio*:

> "CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 546, 547 e 548 DO DECRETO N. 32.535, DE 18 DE FEVEREIRO DE 1991, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ALEGADA INFRINGÊNCIA AOS ARTS. 150, I E VI, PAR. 2º, E 155, I, "b", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Relevância do direito, caracterizada pela circunstância de haver-se definido, por decreto, fato gerador e base de cálculo de tributo; e, ainda, por ter-se pretendido modificar, pela mesma via, a natureza jurídica do fornecimento de água potável, encanada, às populações urbanas, transmudando-a de serviço público essencial em circulação de mercadoria. "Periculum in mora" igualmente configurado, em face da extrema dificuldade de recuperação dos valores correspondentes ao tributo que vier a ser pago. Cautelar deferida." (ADI 567 MC/DF; Tribunal Pleno, julg. Em 12/09/1991, pub. DJ de 04/10/1991).

Consultem-se, também, a ADI 2.224/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, julg. em 30/05/01; o AgRg no AI 297.277, Segunda Turma, Rel. Min.

Joaquim Barbosa, julg. em 06/04/2010, DJe de 07/05/10 e o AgRg no AI 682.565, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julg. em 23/06/09, DJe de 07/08/09.

Mister se faz uma observação final, uma vez que, não obstante mencionando os reiterados julgamentos anteriores do E. Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, os eminentes Ministros DIAS TOFFOLI e ELLEN GRACIE manifestaram-se pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro no RE 607056 RG/RJ e no AI 787025/RJ, para submissão da matéria ao Plenário da Corte, determinando a devolução dos autos a este E. Tribunal de Justiça em observância ao art. 543-B do Código de Processo Civil (decisões de 21/10/10 e 25/11/10, respectivamente).◆

SÚMULA Nº 144

"Nas ações que versem sobre cancelamento de protesto, de indevida inscrição em cadastro restritivo de crédito e de outras situações similares de cumprimento de obrigações de fazer fungíveis, a antecipação da tutela específica e a sentença serão efetivadas através de simples expedição de ofício ao órgão responsável pelo arquivo dos dados".

Referência[22]

ADMARA FALANTE SCHNEIDER
JUÍZA DE DIREITO

Resultado do julgamento do procedimento de Uniformização de Jurisprudência nº 2007.018.00006, em 24/11/2008, com votação por maioria, tendo como relatora a Senhora Desembargadora Leila Mariano, foi editada a Sumula nº 144, cujo teor passamos a analisar.

O resultado, como dito acima, não foi unânime, havendo entendimentos dissonantes, como se infere da leitura do resumo das discussões que cercaram o procedimento de uniformização, abaixo transcritos:

SUMULA 144, DO T.J.E.R.J.

CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇOES DE FAZER FUNGIVEIS

ANTECIPACAO DE TUTELA OU SENTENÇA

EFETIVACAO ATRAVES DE SIMPLES EXPEDICAO DE OFICIO

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Encaminhamento pela 2ª. Câmara Cível de proposição de súmula da jurisprudência predominante no Tribunal visando à substituição da multa de que trata o § 4º do art. 461 do CPC pela tutela específica, na forma do art. 466-A do CPC. Matéria de direito considerada relevante e de interesse público, acerca da qual existe divergência de inter-

22 Uniformização de Jurisprudência nº. 2007.018.00006. Julgamento em 24/11/2008. Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação por maioria. Des. Horácio Ribeiro.

pretação entre os Órgãos Fracionários deste Tribunal. Recepção do incidente, não na forma do § 1º do art. 555 do CPC, por não se tratar de matéria atinente ao mérito do recurso, a justificar seu julgamento pelo Órgão Especial, mas sim na forma do art. 476 I do CPC, reprisado no art. 119 do Regimento Interno desta Corte, implicando a uniformização em maior rapidez processual, menor onerosidade e litigiosidade. Aprovação pelo voto da maioria absoluta dos integrantes do Órgão Especial de enunciado do seguinte teor: "Nas ações que versem sobre cancelamento de protesto, de indevida inscrição em cadastro restritivo de crédito e de outras situações similares de cumprimento de obrigações de fazer fungíveis, a antecipação da tutela específica e a sentença serão efetivadas através de simples expedição de ofício ao órgão responsável pelo arquivo dos dados". Vencidos os Desembargadores Marcus Faver e Miguel Ângelo Barros.

Ao analisarmos o teor da sumula, verificamos a orientação no sentido de que a tutela da defesa da integridade do nome deve se dar diretamente pelo Judiciário, independente de atuação daquele que criou o gravame.

Contudo, a súmula revela um pouco mais do que simplesmente a orientação no tocante a atuação judicial em casos de constrição ao nome, conforme abaixo passo a expressar.

A matéria objeto da sumula é de atuação diária dos juízes que exerçam seu *munus* em varas cíveis ou especializadas em questões consumeristas.

Vejam que o principio basilar da orientação diz respeito ao cumprimento de obrigações de fazer fungíveis. Tal orientação reflete, certamente, o resultado de observação e atuação em feitos cíveis que algumas vezes levam a verdadeira distorção do instituto das *astreintes*.

A figura constitui importante meio de coerção ao cumprimento das decisões judiciais. No entanto, vemos certa banalização de sua utilização, gerando com isso decisões de redução de valores, o que vem a enfraquecer o real motivo de sua existência.

Fazemos esta explanação, chegando em seguida ao ponto nodal da questão.

Nas obrigações de fazer o juiz deve analisar se efetivamente há necessidade de incumbir a parte contraria do cumprimento da decisão judicial, nesse caso tratar-se-á de obrigação de fazer infungível, ou seja, somente será possível mediante atuação de pessoa especifica. Ou se ele mesmo, julgador, poderá fazê-lo, substituindo a vontade da parte adversa, quando então estaremos diante de uma obrigação de fazer fungível.

A sumula foi direcionada para demandas onde o objeto é a discussão da legitimidade da constrição do nome. No entanto, adequa-se perfeitamente a diversas outras questões, onde por vezes são deferidas medidas antecipatórias de obrigação de fazer com fixação de multa, quando poderia o Judiciário, por ele próprio, alcançar o objeto.

E pergunta-se: Qual seria a vantagem de cumprir diretamente em detrimento de uma melhor posição de vantagem para aquele que tem razão.

Respondo: a ordem de obrigação de fazer deve ficar limitada a obrigações infungíveis. Por principio da própria estrutura da figura jurídica, jurisprudência e doutrina são pacificas ao disciplinar que apenas quando seja ao Judiciário impossível substituir a vontade da parte, deve ser deferida obrigação e fixada sanção, no caso, multa cominatória.

Ora, se é possível ao Judiciário realizar o ato, fazer recair a obrigação sobre a parte contrária é onerar desnecessariamente o processo. Isto porque será sempre mais ágil, mais rápido, mais eficiente que parta a ordem diretamente do juiz com a realização imediata do resultado pretendido.

Esposar entendimento contrário é contribuir para o acirramento do animus litigiosos já existentes em um processo judicial, sem contar com os inúmeros incidentes criados com o objetivo de receber valores, gerando alargamento do já por demais extenso "tempo do processo".

E o assunto em relação ao qual foi direcionado a sumula é o mais significativo exemplo da repercussão da adoção desse posicionamento. Se fixarmos a obrigação recaindo sobre a parte contrária, o prejudicado esperará muito tempo até que consiga efetivamente alcançar a posição jurídica pretendida e deferida.

Se, ao contrário, for realizado o ato diretamente pelo judiciário a eficácia é imediata, sobretudo após o convenio firmado entre TJERJ e os ór-

gãos de cadastro de restrição ao crédito, com as comunicações por meio eletrônico, bastando a assinatura digital do magistrado, reduzindo ao máximo o tempo de espera por parte do lesado.

Por fim, no que revela a discussão acerca do interesse público a justificar a edição da sumula, não pode passar despercebido aos órgãos julgadores, nomeadamente de cúpula, que as orientações emanadas como proposições sumulares sirvam de esteio a unificação de entendimentos, o que vem agilizar o processo, orientando todos operadores do direito, o que, por via de conseqüência, repercute em segurança jurídica.

Portanto, a Súmula revela importante orientação que deve balizar a análise do caso em concreto, quando defrontados com pedido de obrigação de fazer, onde seja possível a realização da tutela diretamente pelo Judiciário.◆

SÚMULA Nº 149

"Nas ações indenizatórias decorrentes da contratação do "Cartão Megabônus", os danos morais não podem ser considerados *in re ipsa*, cumprindo ao consumidor demonstrar a ofensa à honra, vergonha ou humilhação, decorrentes da frustração da expectativa de sua utilização como cartão de crédito".

Referência[23]

MARIO ROBERT MANNHEIMER
DESEMBARGADOR

A divergência jurisprudencial uniformizada pela Súmula em comento foi desencadeada por ações que tiveram em seu pólo passivo uma única empresa bancária e administradora de cartões de crédito, a qual criou uma modalidade de cartão que denominou de "CARTÃO MEGABÔNUS", oferecido geralmente a pessoas sem condições de obterem crédito, o qual, embora fosse denominado de "cartão de crédito internacional", sendo cobrada uma anuidade, dividida em 12 (doze) parcelas mensais, não concedia crédito ou o fazia em valor extremamente reduzido, somente podendo ser utilizado mediante prévio pagamento (modalidade pré-pago), dando posteriormente ensejo a benefícios e créditos caso o associado indicasse novos usuários.

As vendas de cartões com o conseqüente pagamento das mensalidades iniciais deram ensejo à propositura de grande número de ações, alegando os Autores ter havido propagando enganosa, postulando os consumidores o cancelamento dos seus cartões, devolução das mensalidades pagas, condenação do Réu a se abster de inserir o nome dos usuários em cadastros restritivos de crédito em decorrência do não pagamento das mensalidades e indenização por danos morais, estes últimos sob o fundamento de que a frustração experimentada pelos autores, ao verificar que

23 Uniformização de Jurisprudência nº 2009.018.00009. Julgamento em 29/03/2010. Relator: Desembargador Mario Robert Mannheimer. Votação por maioria.

o cartão por eles contratado não lhes dava direito a nenhum crédito, bastava para configurar o dano moral indenizável.

A jurisprudência se inclinou no sentido de reconhecer que o cartão em questão não era de crédito, motivo pelo qual estava realmente configurada a propaganda enganosa, sendo, portanto, legítima a pretensão do consumidor de cancelar o cartão "MEGABÔNUS", obter a devolução das mensalidades pagas (de forma simples), e impedir a negativação de seu nome nos cadastros restritivos em razão do não pagamento, instalando-se, entretanto, divergência no sentido da existência ou não de dano moral indenizável em razão da simples aquisição do "MEGABÔNUS".

As numerosas questões instauradas fizeram com que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por sua 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva – Consumidor instaurasse Inquérito Civil Público, acabando por celebrar com a administradora do cartão, em 25 de junho de 2008, um Compromisso de Ajustamento de Conduta, comprometendo-se a i) esclarecer, na carta-berço na qual é enviado o cartão, em destaque, com negrito, que o cartão "MEGABÔNUS" não é um cartão de crédito, podendo ter limite zero, esclarecendo também, no material de encaminhamento do cartão, que, se o cliente não tiver interesse na manutenção do cartão nessa condição, poderá não o desbloquear, ou poderá cancelá-lo, a qualquer tempo; ii) restituir ao titular do cartão ao qual não tenha sido atribuído limite de crédito, todas as mensalidades eventualmente pagas pelo referido titular a qualquer momento, nas hipóteses de cancelamento do cartão, em que esse não tiver sido utilizado para ultimar uma transação, assim entendido o pagamento de contas, realização de compras e aquisição de produtos vinculados, como título de capitalização e seguros; iii) bloquear o cartão na hipótese de não pagamento de três mensalidades consecutivas, deixando de cobrá-las, quando ainda não tiver feito qualquer transação.

Permaneceu, entretanto, a divergência jurisprudencial, no tocante ao cabimento de indenização por danos morais, em decorrência da mera aquisição do cartão MEGABÔNUS.

A questão que se apresentou é, se nesses casos, sobretudo, antes da assinatura do Compromisso de Ajustamento de Conduta, a mera aquisição

do cartão acarreta dano moral indenizável *in re ipsa*, em decorrência da falta de informação, diante da frustração do consumidor ao constatar que o cartão contratado não lhe dava direito a nenhum crédito, ou se a indenização depende da prova, pelo consumidor, da ocorrência de um fato concreto, que lhe tivesse causado ofensa à honra, vergonha ou humilhação, decorrente da frustração da expectativa de sua utilização como cartão de crédito, salientando este comentarista que não tem conhecimento de nenhum acórdão que tenha concedido indenização por danos morais por considerar provada esta última hipótese.

A maioria das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro se orientou no sentido da inexistência do dano moral *in re ipsa*, persistindo, entretanto, respeitável corrente minoritária em sentido contrário.

Para dirimir tal divergência foi instaurado o Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 2009.018.00009, tendo o Egrégio Órgão Especial do TJRJ, por maioria, nos termos do Relatório deste comentarista, se orientado no sentido da corrente majoritária, de que o dano moral não se verifica *in re ipsa*, necessitando ser provado, nos termos da Ementa acima transcrita.

Tal orientação foi adotada na esteira da orientação deste Tribunal uniformizada pela Súmula nº 75, no sentido de que "O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar simples aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte".

Foi seguida também a lição do eminente Desembargador SERGIO CAVALIERI FILHO em sua consagrada obra "PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL, 5ª edição, pág. 98:

"Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normali-

dade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigo e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais acontecimentos".

Assim, a Súmula consolidou a posição de que a frustração experimentada pelo consumidor, levado a crer, em decorrência de má informação, de que dispunha de crédito para a aquisição de produtos, quando, na verdade isso não ocorria, configura mero aborrecimento, não caracterizador do dano moral indenizável, sendo necessário, para que tal dano se faça presente, a efetiva prova, pelo consumidor, da ocorrência de um fato concreto, que lhe tivesse causado ofensa à honra, vergonha ou humilhação, decorrente da frustração da expectativa da utilização do "MEGABÔNUS" como cartão de crédito.◆

SÚMULA Nº 152

"A cobrança pelo fornecimento de água, na falta de hidrômetro ou defeito no seu funcionamento, deve ser feita pela tarifa mínima, sendo vedada a cobrança por estimativa".

Referência[24]

JOSÉ GERALDO ANTONIO
DESEMBARGADOR

A súmula enfocada teve origem no Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pela Egrégia Segunda Câmara Cível desta Corte, nos autos da Apelação Cível nº 0105411-49.2008.8.19.0001, em que foi apelante a Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE.

A motivação que provocou a instauração do incidente situava-se na controvérsia existente entre Câmaras Cíveis do Tribunal do Rio de Janeiro sobre a questão da cobrança do consumo de água por estimativa, no caso de não haver hidrômetro na residência do usuário ou de haver defeito do medidor.

Estabelecida a premissa para o conhecimento e apreciação do incidente de uniformização pelo Órgão Especial, consoante previsto no artigo 476, I, do CPC, foi ele instaurado na forma regimental, cujo enunciado da súmula foi aprovado por unanimidade.

A matéria versa sobre cobrança do consumo mensal de água fornecida pela CEDAE, quando não houver hidrômetro instalado ou quando este apresentar defeito.

Atualmente, não mais se discute a natureza consumerista da relação jurídica envolvida.

Em inúmeros julgados, o E. Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de ser lícita a cobrança da tarifa de água pelo consumo

24 Uniformização de Jurisprudência nº 2010.018.00003 – Julgamento em 04/10/2010 – Relator: Desembargador José Geraldo Antonio. Votação unânime.

mínimo presumido em casos de cobrança progressiva de tarifa, o que se compreende como cobrança por estimativa.

Confira-se:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ARTIGO 535 DO CPC. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. TARIFA DE ÁGUA. CONSUMO POR ESTIMATIVA. POSSIBILIDADE.*
>
> *1. Examinadas pela Corte regional todas as questões relevantes para o deslinde da controvérsia postas em julgamento pelas partes que foram devolvidas ao seu conhecimento por força do recurso de apelação, rejeita-se a preliminar de ofensa ao artigo 535 do CPC.*
>
> *2. É lícita a cobrança de água por estimativa (consumo mínimo presumido). Precedentes.*
>
> *3. Recurso especial provido".*
>
> *(STJ – Segunda Turma – REsp 826.470/RJ – Relator: Ministro Castro Meira – Julgamento: 23/05/2006 – DJ 02/06/2006 p. 119).*

Este acórdão faz referência a diversos julgamentos daquela Corte: REsp 416.383/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 23.09.02;AgReg no REsp 140.230/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 21.10.02; REsp 150.137/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 27.04.98; REsp 39.652/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 21.02.94; REsp 209.067/RJ, DJU de 08.05.00 e REsp 214.758/RJ, DJU de 02.05.00, ambos do em. Min. Humberto Gomes De Barros e REsp 533.607/RJ, Rel. Min. José Delgado, DJU de 28.10.03.

Esse consumo mínimo presumido confunde-se com a cobrança por estimativa admitida na jurisprudência, na hipótese de envolver discussão sobre tarifa progressiva.

Neste Tribunal, também não há divergência sobre a matéria, quando se tratar de tarifa progressiva. Porém, afastada a questão da tarifa progressiva e não houver hidrômetro ou este se apresentar inoperante ou defeituoso, a controvérsia se instala, conforme indicado no incidente susci-

tado, do qual resultou o entendimento estratificado no verbete da Súmula 152 deste Tribunal.

Nas razões do voto condutor do acórdão, do qual fomos relator, invocou-se a legislação que rege a matéria, ao mesmo tempo em que se procurou diferenciar a tarifa mínima presumida (estimada) da tarifa mínima concreta e previamente fixada. Na primeira, admitida na jurisprudência nas hipóteses de cobrança progressiva de tarifa há o medidor, mas único para uma variedade de unidades. Na segunda, não há medidor instalado ou mesmo instalado apresenta-se ele inoperante.

A Lei Estadual nº 3.915, de 12/08/2002, em vigor, obriga as Concessionárias de Serviço Público que fornecem luz, água, gás e telefonia fixa a instalarem medidores individuais dos respectivos serviços, no prazo máximo de 12 (doze) meses (Art. 1º), proibindo a cobrança por estimativa (Art. 8º) e penalizando o infrator pelo não cumprimento das suas disposições em multa de 5.000 (cinco mil) UFIR's, no primeiro mês e, a partir do segundo mês, em 1.000 (mil) UFIR's (Art. 7º).

Portanto, ante a expressa vedação legal, no caso de inexistir o medidor ou quando este estiver inoperante, não se admite a cobrança por estimativa, até porque não há um referencial que faça presumir o consumo mínimo, sem o risco de onerar o consumidor.

Ora, se a lei impõe às Concessionárias a obrigação de instalar os medidores, nada mais correto do que fazê-las cumprir a lei, independente da discussão do ônus pelos custos e pela disponibilidade dos espaços para instalação dos medidores, que poderão ser discutidos em outro momento ou cobrados junto com as contas de consumo.

Destarte, o estabelecimento da tarifa mínima como valor a ser cobrado, no caso de falta de hidrômetro ou de sua inoperância, é o critério que melhor se harmoniza com a lei consumerista, ao mesmo tempo em que se presta como fator de persuasão para as concessionárias providenciarem as instalações dos medidores.

Esses comentários correspondem exatamente as razões que embasaram o voto condutor do incidente de uniformização, do qual resultou o verbete da **Súmula** 152.◆

SÚMULA Nº 175

"A cobrança de tarifa mínima de água e esgoto, multiplicada pelo número de unidades autônomas (economias) de um condomínio, sujeita a concessionária à devolução em dobro do valor comprovadamente pago".

Referência[25]

JOSÉ CARLOS PAES
DESEMBARGADOR

O verbete em epígrafe trata da cobrança pela prestação do serviço de fornecimento de água e coleta de esgoto em condomínios de unidades autônomas.

Ab initio, tem-se que a prestação de serviços públicos incumbe ao Poder Público, nos termos dos art. 175 e art. 175, parágrafo único, III, da Constituição da República, cabendo à lei dispor sobre política tarifária.[26] [27]

No tocante aos serviços públicos concedidos, sua remuneração se dá por tarifa, que deve permitir, além do custeio do próprio serviço, sua expansão.

Assim ensinava Hely Lopes Meirelles:

> *O serviço concedido deve ser remunerado por tarifa (preço público), e não por taxa (tributo). E a tarifa deve permitir a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço, assegurado o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Daí por que impõe-se a revisão periódica das tarifas, de modo a adequá-las ao custo operacional e ao preço dos equipa-*

25 Processo Administrativo nº. 0014109-34.2011.8.19.0000 - Julgamento em 04/04//2011 – Relator: Desembargador Maurício Caldas Lopes. Votação unânime.

26 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

27 Parágrafo único. A lei disporá sobre: III - política tarifária;

> *mentos necessários à manutenção e expansão do serviço, a fim de propiciar a justa remuneração de concessionário, da forma contratada (artigo 23, IV).*[28]

Antes mesmo do advento da atual Constituição da República de 1988, a Lei nº 6528/78, regulamentada pelo Decreto 82.587/78, estabelecia em seu artigo 4º, que a fixação da tarifa consideraria a viabilidade do equilíbrio econômico-financeiro da prestação do serviço, preservando seus aspectos sociais, assegurado o atendimento adequado aos usuários de menor consumo na tarifa mínima.[29]

O Decreto Federal nº 82.587/78, por sua vez, admite a classificação dos consumidores em diferentes categorias de acordo com o consumo.[30]

Outrossim, a Lei Federal nº 8.987/95, no seu art. 13, regulamentou o art. 175 da Constituição da República e adotou critério diferenciado para fixação das tarifas, de acordo com os distintos segmentos de usuários.[31]

Confira-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

> A Constituição em vigor, diversamente da anterior, limitou-se a dizer que a lei reguladora das concessões deverá disciplinar a política tarifária (artigo 175, parágrafo único, III). A despeito da simplicidade da expressão, não se pode deixar de reconhecer que o concessionário tem o direito subjetivo à fixação das tarifas em montante suficiente para ser devidamente prestado o serviço.

28 Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª Edição. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008, p.400.

29 Artigo 4º. A fixação tarifária levará em conta a viabilidade do equilíbrio econômico-financeiro das Companhias Estaduais de saneamento básico e a preservação dos aspectos sociais dos respectivos serviços, de forma a assegurar ao adequado atendimento dos usuários de menor consumo na tarifa mínima.

30 Artigo. 13. Os usuários serão classificados nas seguintes categorias: residencial, comercial, industrial e pública. Parágrafo único. As categorias referidas no *caput* deste artigo poderão ser subdivididas em grupos, de acordo com suas características de demanda e/ou consumo, sendo vedada, dentro de um mesmo grupo, a discriminação de usuários que tenham as mesmas condições de utilização de serviços.

31 Artigo 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos seguimentos de usuários.

> Esse entendimento emana da própria Constituição. Com efeito, se da concessionária é exigida a obrigação de manter serviço adequado (artigo 175, parágrafo único, IV, CF), não pode ser relegada a contrapartida da obrigação, ou seja, o direito de receber montante tarifário compatível com essa obrigação. Se de um lado, não devem as tarifas propiciar indevido e desproporcional enriquecimento do concessionário, com graves prejuízos para os usuários, de outro não pode o seu valor impedir a adequada prestação de serviço delegado pelo Estado. Por isso mesmo, várias decisões judiciais asseguraram a concessionários o direito à revisão das tarifas.[32]

No entanto, a Lei 6.528/78 não foi ab-rogada nem derrogada pela superveniência da Lei 8.987/95. Sua revogação somente ocorreu, expressamente, pela Lei 11.445/2007, que, contudo, não extinguiu a tarifa mínima, mas reafirmou sua utilização no seu art. 30.[33]

Nessa toada, a cobrança pelos serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto podem ser cobrados através da tarifa mínima aos consumidores, individualmente, frise-se, mesmo que a residência seja guarnecida por hidrômetro e registre medição inferior à mínima.

Entretanto, tal cobrança não é permitida quando se trata de condomínio de unidades autônomas, seja comercial ou residencial. E isso, porque, havendo apenas um aparelho medidor do consumo, as leituras certamente irão aferir o real consumo de água, que deve servir de base para o cálculo da fatura.

De outro modo, permitida a cobrança apenas através da multiplicação da tarifa mínima pelas unidades autônomas, as cobranças refletiriam consumo provavelmente bem superior ao real, gerando lucro descabido à concessionária de serviços públicos e prejuízo aos consumidores.

---

32 Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris. P. 294.

---

33 Art. 30. Observado o disposto no art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração os seguintes fatores:
IV - custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas;

Confiram-se os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO CONDOMÍNIO EDILÍCIO - MULTIPLICAÇÃO DO CONSUMO MÍNIMO PELO NÚMERO DE UNIDADES AUTÔNOMAS (ECONOMIAS) - IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DO VALOR COBRADO, COM BASE NO CDC - POSSIBILIDADE. 1.A prestação jurisdicional foi dada em sua plenitude, sendo examinados os pontos agitados pela parte recorrente, ficando afastada a afronta aos arts. 165, 458 e 535, todos do CPC. 2 A Segunda Turma, pacificou o entendimento segundo o qual nos condomínios em que o total de água consumida é medido por um único hidrômetro, é ilegal a cobrança de tarifa mínima com base no número de economias, sem considerar o efetivo consumo de água (REsp 726582/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 15/09/2009, DJe 28/10/2009). 3. Direito à devolução em dobro reconhecido com base no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 4. Recurso Especial não provido.[34]

> ADMINISTRATIVO. CEDAE. FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. COBRANÇA PELA TARIFA MÍNIMA. POSSIBILIDADE. CONDOMÍNIO DE EDIFÍCIO COMERCIAL. HIDRÔMETRO ÚNICO. MULTIPLICAÇÃO DO CONSUMO MÍNIMO PELO NÚMERO DE ECONOMIAS. ILEGALIDADE. 1. O STJ reconhece a legalidade da cobrança de consumo de água pelo valor correspondente à tarifa mínima, ainda que haja hidrômetro que registre consumo inferior àquele. 2. Contudo, nos casos em que o condomínio dispõe de um único hidrômetro, a concessionária não pode multiplicar o consumo mínimo pelo número de unidades autônomas, desprezando o consumo efetivo. Precedentes do STJ. 3. Agravo Regimental não provido.[35]

34 BRASIL. STJ. Processo REsp 982938/RJ. Ministra ELIANA CALMON. SEGUNDA TURMA. Julgamento 17/12/2009. Publicação 10/02/2010.

35 BRASIL. STJ. Processo AgRg no REsp 1132558/RJ. Ministro HERMAN BENJAMIN. SEGUNDA TURMA. Julgamento 01/10/2009. Publicação 09/10/2009.

Dessa forma, a natureza consumerista da relação entabulada entre a empresa e o cliente, impõe que as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor sejam aplicadas em sua plenitude.

Assim, diante da exação descabida por consumo irreal, a devolução dobrada se impõe, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 42 do diploma consumerista e o artigo 940 do Código Civil Brasileiro, por não se caracterizar, *in casu*, engano escusável, já que a presença do hidrômetro garante a medição do consumo real.[36] [37]

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. FORNECIMENTO DE ESGOTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DA TARIFA COBRADA, DE FORMA INDEVIDA, PELA CONCESSIONÁRIA. MATÉRIA APRECIADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O STJ firmou a orientação de que tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição do fornecedor do produto na restituição em dobro. 3. Descaracterizado o erro justificável, devem ser restituídos em dobro os valores pagos indevidamente. 4. Agravo Regimental não provido.[38]
>
> PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO CONDOMÍNIO EDILÍCIO - MULTIPLICAÇÃO DO

36 Artigo Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

37 Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

38 BRASIL. STJ. Processo AgRg no AgRg no Ag 1255232/RJ. Ministro HERMAN BENJAMIN. SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 22/02/2011. Data da Publicação 16/03/2011.

> CONSUMO MÍNIMO PELO NÚMERO DE UNIDADES AUTÔNOMAS (ECONOMIAS) - IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DO VALOR COBRADO, COM BASE NO CDC - POSSIBILIDADE. 1. A prestação jurisdicional foi dada em sua plenitude, sendo examinados os pontos agitados pela parte recorrente, ficando afastada a afronta aos arts. 165, 458 e 535, todos do CPC. 2 A Segunda Turma, pacificou o entendimento segundo o qual nos condomínios em que o total de água consumida é medido por um único hidrômetro, é ilegal a cobrança de tarifa mínima com base no número de economias, sem considerar o efetivo consumo de água (REsp 726582/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 15/09/2009, DJe 28/10/2009). 3. Direito à devolução em dobro reconhecido com base no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 4. Recurso Especial não provido.[39]

Por derradeiro, importante asseverar que a cobrança baseada apenas na proporção do número de unidades autônomas se divorcia da boa-fé, que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, afastando-se, portanto, dos preceitos legais da Política Nacional das Relações de Consumo, sobretudo o artigo 4º da Lei nº 8.078/90,[40] uma vez que o real consumo seria descartado, prestigiando-se

39 BRASIL. STJ. Processo REsp 982938/RJ. Ministra ELIANA CALMON. SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 17/12/2009. Data da Publicação 10/02/2010.

40 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
a) por iniciativa direta;
b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.
III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

uma tarifação irreal.

Sobre a boa-fé, importante transcrever a lição do Desembargador Sergio Cavalieri Filho:

> *Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o termo boa-fé passou a ser utilizado com uma nova e moderna significação, para indicar valores éticos que estão à base da sociedade organizada e desempenham função de sistematização da ordem jurídica. É a chamada boa-fé objetiva que, desvinculada das intenções íntimas do sujeito, indica o comportamento objetivamente adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações de consumo.*[41]

O preceito veiculado pelo verbete sumular em comento busca ratificar o entendimento predominante na doutrina majoritária e nas superiores cortes constituindo-se verdadeiro bastião da defesa do consumidor.◆

41 Cavalieri Filho, Sergio, Programa de Direito do Consumidor. Editora Atlas. 2008. São Paulo. P. 31.

SÚMULA Nº 191

"Na prestação do serviço de água e esgoto é incabível a aplicação da tarifa mínima multiplicada pelo número de unidades autônomas do condomínio".

Referência[42]

MARCOS ALCINO DE A. TORRES
DESEMBARGADOR

Convidado imerecidamente para realizar comentários a respeito do relativamente recente enunciado nº 191 da Sumula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio pareceu-me razoável inicialmente trazer um relato sobre a questão num aspecto que talvez pudesse afirmar ser estrutural.

O primeiro aspecto estrutural que a ser recordado diz respeito há em quais hipóteses permite a lei o nascimento a um enunciado sumular. De um modo singelo, no exercício da função jurisdicional, compete aos Tribunais numa determinada situação concreta em debate aplicar as regras jurídicas, interpretando-as e fixando-lhes o alcance, dando origem ao que se pode chamar de teses jurídicas, teses essas que, pela própria dinâmica social experimenta variações no tempo, servindo a "jurisprudência como respiradouro indispensável para permitir o progresso do direito" impedindo a "fossilização dos textos normativos".[43] Determinada questão que se torne recorrente nas instancias julgadoras de um Tribunal e que se multiplica face a massificação das relações sociais e jurídicas, tende a ser resolvida de modo variado pelos órgãos julgadores, situação peculiar a liberdade dos julgadores decidirem conforme seu livre convencimento, ainda mais quando se tem uma pluralidade de fontes normativas, resultando em decisões, por vezes completamente dispares sobre uma mesma hipótese fático-jurídico, dentro de um mesmo ambiente cultural, político, social e econômico, situação normal e comum num Tribunal mas que na

42 Proc. no 2010-0261105. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

43 MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. Comentários ao C. de P. Civil, Ed. Forense, 5ª Ed, vol V, RJ, 1985, p.4.

prática, gera insegurança a respeito do assunto dentro de um mesmo Tribunal e não raro levam ao "descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional".[44] A formação do incidente de uniformização de jurisprudência, visa simplesmente "evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão"[45] julgador.No procedimento de uniformização de jurisprudência inserido no capitulo I do Titulo X – Do processo nos Tribunais a partir do art. 476 do CPC estabeleceu o legislador meios para equacionar estas divergências decisórias, que apesar de muitas, nem sempre levam, por falta de provocação daqueles que tem legitimidade para tal, a instauração do incidente. Na prática, é mais comum para aqueles que litigam (na verdade seus patronos que por vezes acumulam clientes sobre o mesmo assunto ou defendem determinada empresa em centenas de causas idênticas) contar com a "sorte" da distribuição do que correrem o risco de ter um posicionamento firmado em oposição à sua tese. E para os julgadores, na era do computador, também é muito mais fácil, repetir uma decisão identifica já manifestada, que muitas vezes oscila no próprio órgão julgador do qual participa, sendo vencida ou derrotada esta ou aquela tese jurídica conforme a composição momentânea. Faço aqui um registro que parece importante de que é muito raro algum julgador que já firmou um entendimento sobre determinada tese jurídica aplicada a um caso recorrente mudar de opinião, até mesmo na obrigatoriedade das sumulas vinculantes. São questões de política judiciária, que para alguns significa engessar o pensamento do julgador e para outros, significa otimizar a prestação jurisdicional.

Não há dúvida de que o julgamento se mostra simplificado e mais celere quando se adota uma solução preconizada num enunciado sumular seja do Tribunal local seja dos Tribunais Superiores. Mas, deve ser dito que, o juiz sempre acredita, salvo algumas exceções naturais no desenvolvimento de sua cultura jurídica, que julga de modo correto e deseja, nas

44 Idem, Idem, p. 5.

45 Idem, Idem.

soluções colegiadas, que os outros o acompanhem. A liberdade de opinião e o reconhecimento da possibilidade de existirem teses díspares a respeito da mesma questão fática-jurídica é que impulsionou o legislador, certamente estribado na doutrina, a formular as regras de uniformização de jurisprudência e, por certo, a mesma razão que exigiu quorum específico na formação dos procedentes (art. 479 do CPC).

O segundo ponto estrutural a ser recordado diz respeito ao significado e conteúdo do que seja uma tarifa e sua natureza jurídica. Segundo Hely Lopes de Meirelles, "tarifa é o preço público que a Administração fixa, prévia e unilateralmente, por ato do Executivo, para as utilidades e serviços industriais prestados diretamente por seus órgãos ou indiretamente por seus delegados – concessionários e permissionários-, sempre em caráter facultativo aos usuários". [46] Noutra obra, o mesmo autor, analisando o contrato de concessão de serviço público, salienta que a tarifa é a remuneração dos gastos do empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio[47]. Num tom peculiar Jose dos Santos Carvalho Filho assinala que a tarifa é a remuneração pela execução do serviço público, fixada pelo Poder Público, que deve ser fixada pelo poder concedente, sendo uma espécie de preço público[48] e sua fixação é de importância vital na questão relativa ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, daí ser necessária a sua revisão periódica para compatibilizá-la com os custos do serviço, as necessidades de expansão, à aquisição de equipamentos e o próprio lucro do concessionário[49]. Decorre naturalmente de um contrato firmado entre o Poder Público concedente e o concessionário, mas não é só. A cobrança da tarifa decorre de uma outra relação contratual, normalmente considerada facultativa, isto é, aquela instaurada entre o usuário,

46 MEIRELLES, Hely Lopes de. D. Municipal Brasileiro, 15ª Ed, SP:Malheiros, 2006, p. 162.

47 Idem, Direito Administrativo Brasileiro, 13ª Ed, RT, 1988, p. 219.

48 A questão relativa a natureza da tarifa como uma espécie de preço público é criticada por Luiz Emydio F. da R. Junior, indicando com um dos fundamentos a C.F. que no artigo 150 § 3º. Salienta ainda referido autor com base no art. 175 do CF que "a Constituição reserva o termo tarifa para significar a receita decorrente da prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão. Disso resulta que as demais receitas contratuais não devem ser denominadas tarifas mas preços." (JUNIOR, Luiz Emygdio F. da Rosa. Impostos. In Curso de Direito Tributário Brasileiro. Coord. Marcus Lívio Gomes e Leonardo Pietro Antonelli, Ed. Quartier Latin, vol I, 2005, p. 493)

49 FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de D. Administrativo, 7ª Ed, Ed Lumen Juris, 2001, p. 300.

consumidor em nosso sentir e a concessionária, posto que se obrigatória o preço cobrado passa ter natureza de taxa, atraindo as peculiaridades atinentes a esta espécie de tributo.[50]

Multiplicidade de fontes normativas. Da legalidade a ilegalidade da cobrança de tarifas por unidades ou economias.

Há um cipoal legislativo aplicável à questão tarifaria (Lei 6528/78 art. 4º, Lei 8987/95 art. 13, Lei 11.445/2007) e até mesmo uma Lei, a de nº 9074/95 para evitar que "maus administradores instituam, de maneira descriteriosa, benefícios tarifários"[51] além de atrair regras e princípios do C. do Consumidor, do direito civil, percebe-se porque se pode afirmar que existe multiciplicidade de fontes normativas, o que sem dúvida, dificulta sobremodo a solução das controvérsias.

É em da razão da alteração inadequada das tarifas ou na prática inadequada de sua cobrança, além da cobrança de outros serviços – para ligar, religar, suspender os serviços, que é possível a ocorrência de abusos em relação ao consumidor.A própria existência de um medidor de consumo na maioria dos locais de consumo, é prática relativamente recente se levarmos em consideração o que tempo que se presta o serviço público de fornecimento de água e coleta de esgoto.

A questão relativa à tarifa d`água no estado do Rio de Janeiro tem sido recorrente envolvendo não só a maior concessionária do ramo, mas também concessionárias locais, já tendo sido objeto de enunciados anteriores como os de nº 82, 84 e 85 votados no ano de 2005, o primeiro referindo-se a tarifa diferenciada ou progressiva; o segundo quanto a cobrança de tarifa mínima quando o consumo marcado no medidor indicar valor inferior a esta e o terceiro quanto a impossibilidade de condenação da concessionária a devolver em dobro os valores que porventura cobrar a maior dos consumidores. Vejam-se nestas hipóteses os enunciados foram favoráveis à concessionária possibilitando uma maior arrecadação.

50 MACHADO, H ugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 19ª Ed., Malheiros Editores, 2001, p. 370-371.

51 FILHO, José dos Santos Carvalho, op cit p. 301.

Como a edição de súmulas não tem o condão de engessar a máquina judiciária ou "impor aos órgãos judicantes uma camisa-de-força", que lhes tolha o movimento "em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social" na lição de Barbosa Moreira[52], tem-se uma guinada na questão relativa a um dos aspectos estabelecidos no enunciado 191 ora objeto de exame com a edição do enunciado 175 o qual vaticina que a concessionária deverá devolver em dobro os valores cobrados a titulo de tarifa mínima multiplicada pelo numero de economias, publicado na mesma data do enunciado 191 (09.05.2011).

O signatário do presente comentário teve a oportunidade de ser relator de julgamento realizado em 26 de maio de 2009, no qual firmou posição em relação aos temas objeto dos enunciados nº175 e nº 195, assim ementado:

> Tarifa de água e esgoto. Condomínio de edifício vertical. Hidrômetro único. Forma de cobrança. Produto da tarifa mínima pelo número de economias. Abusividade. Jurisprudência pacífica da Corte. Tarifa progressiva. Legalidade. Repetição em dobro do indébito. Possibilidade. Incidência do art. 42, § único, do CDC. Não configuração da hipótese de "engano justificável".
>
> 1. A cobrança de tarifa mínima de água e esgoto, quando maior que o valor do consumo registrado no hidrômetro, é lícita e atende à finalidade de manter o equilíbrio contratual e garantir a expansão da rede de distribuição de água e coleta de esgotos.
>
> No entanto, em prédios multifamiliares ou comerciais, em que haja apenas um hidrômetro, é abusiva – porque extremamente onerosa para o conjunto de consumidores – a cobrança do produto da tarifa mínima pelo número de unidades

52 Op. cit. p. 5.

(tecnicamente chamadas "economias"), conforme assente jurisprudência desta Corte.

2. Nos termos do enunciado da Súmula nº 82 deste Tribunal, "*é legítima a cobrança de tarifa diferenciada ou progressiva no fornecimento de água, por se tratar de preço público*".

3. Mesmo que fundada em regulamento da prestação do serviço público ou em contrato administrativo de concessão, a cobrança de tarifa mínima pelo número de economias, naqueles edifícios verticais que contam com apenas um hidrômetro, não constitui "engano justificável", de modo a incidir plenamente a dobra de restituição de indébito prevista no § único do art. 42 do CDC.

É que data de quase dois decênios a assente jurisprudência desta Corte, não abalada pelos tribunais superiores, no sentido da abusividade dessa cobrança. No caso concreto, o próprio regulamento do serviço concedido é posterior à consolidação da jurisprudência que considera ilegal o critério glosado pelo regulamento. Não é justificável ferir a lei a pretexto de cumprir um ato administrativo, que lhe é hierarquicamente inferior.

Provimento parcial do primeiro recurso. Desprovimento do segundo recurso. (Apelação Cível nº. 2009.001.16795, 19ª C.Civel do TJRJ)

Tratando-se de hipóteses recorrentes o exame delas pelo E. STJ era questão de tempo, podendo ser indicado em arrimo ao enunciado 191 em referencia o julgamento realizado no REsp nº 1.166.561-RJ, Rel Min. Hamilton Carvalhido.

O signatário deste comentário inclusive já teve oportunidade de externar sua posição contraria a cobrança de tarifas mínimas nos serviços públicos em geral, como já externado em julgamento realizado em 10 de junho de 2008 na 3ª CC do TJRJ na AC nº 2008.001.13571 envolvendo serviço de telefonia.

Ainda que se deva reconhecer tratar-se de uma visão privatista da questão, entendo que o fundamento aplicável na hipótese da tarifa mínima de água e esgoto está no art. 39 do CDC que veda ao fornecedor de produtos ou serviços, condicionar o fornecimento de serviço, sem justa causa, a limites quantitativos, máximo ou mínimo.

O argumento, abstratamente apontado pelas concessionárias, é de que tarifa mínima tem por fundamento a Lei 8987/95 que a autoriza para o custeio dos investimentos necessários à expansão dos serviços. O usuário quer utilize ou não o serviço, pela circunstancia deste estar à sua disposição, deve pagar pelo menos uma tarifa mínima. Não há como negar que a cobrança de uma tarifa mínima da qual o consumidor não pode se furtar constitui efetivamente a imposição de limite quantitativo como condição da prestação do serviço: ou o usuário paga por um número *x* m3 de água (para hipótese de fornecimento de água) ou não terá acesso ao serviço, ou este será interrompido e seu nome negativado nos cadastros restritivos de crédito. Aliás, para fugir a aplicação do CDC é costume encontrar a alegação de que lei que regula o setor é especial em relação ao CDC, ignorando que as normas nele contidas são de ordem pública e de interesse social, conforme definiu expressamente o legislador no seu artigo 1º, e que ao se editar o referido código, cumpriu comando constitucional de proteção ao consumidor, um dos princípios da ordem econômica brasileira (art. 170, inc. V, da CF), e direito fundamental a ser promovido pelo Estado (inciso XXXII do art. 5º da CF).

Por outro lado, não se pode afirmar que um ajuste desse tipo entre o consumidor e o fornecedor esteja coberto pelo princípio da autonomia da vontade – primeiro, porque se cuida de um contrato de adesão, onde a liberdade do aderente é mínima; e segundo, porque uma tal cláusula (que permita a cobrança mínima) violaria os princípios informadores do sistema de proteção ao consumidor.Seria ela uma cláusula abusiva por contrariar as normas de consumo na expressão própria da palavra: pagar por algo que *não* foi consumido.

Violaria também o princípio vigente no direito das obrigações, de que o devedor paga por aquilo que efetivamente deve e tem direito de saber o que está pagando; no consumo, o que está consumindo.

Além da alegação de custeio acima referida outras são indicadas como por ex. a necessidade de cobrir inúmeros custos despendidos para a disponibilização do serviço, como a manutenção de rede, tubulações, locação das unidades remotas de acesso, tratamento de resíduos, faturamento, emissão e entrega de contas de consumo. Parece não ter sentido o consumidor pagar para que a concessionária mantenha um serviço adequado, pois isso é obrigação dela, nos termos do art. 22 do CDC e nos termos da legislação que regula às concessões, obrigação que tem ciência ao receber o serviço do poder concedente. É óbvio que não se desconhece a existência de fornecimento de serviços a pessoas carentes, por isso, com tarifa diferenciada. Mas tal hipótese deve ser levada em consideração quando do contrato com o poder público e com eventual compensação com impostos devidos pela prestação do serviço. A necessidade de investimentos inerentes ao exercício da atividade faz parte do contrato de concessão. Todo e qualquer fornecimento de produto ou serviço, por mais simples que seja demanda a existência prévia de uma infra-estrutura mínima que garanta o fornecimento regular ao consumidor. Sempre existirão custos do serviço a ser prestado, mas para tanto procede-se a revisão tarifária periodicamente para manter, como já se disse, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Ora, a manutenção da infra-estrutura necessária ao fornecimento do serviço é ônus do fornecedor e a concessionária que cuida do serviço de água e esgoto é uma sociedade de economia mista e de natureza privada, tendo patrimônio próprio para exploração de sua atividade.

CONCLUSÃO:

À guisa de conclusão pode ser dito que a recorrência do debate a respeito da tarifa praticada e a forma de sua cobrança pela concessionária de água e esgoto que atua na maioria dos municípios do Estado do Rio de Janeiro, possibilitou maior reflexão sobre o assunto com a aprovação de solução, que parece mais consentânea com a aplicação das normas de direito publico e das normas de direito privado aplicáveis concomitante no exame das controvérsias.◆

SÚMULA Nº 192

"A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral".

Referência[53]

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR
DESEMBARGADOR

1. Contextualização constitucional do tema.

A Constituição da República de 1988 incumbiu o poder público de prestar os serviços públicos, mas estabeleceu que os entes respectivamente competentes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a execução dessa prestação podem optar entre cumpri-la diretamente, ou seja, por seus órgãos subordinados de administração direta ou entidades vinculadas de administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), ou mediante delegação contratual a empresas privadas, as chamadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (artigos 37, *caput*, e 175).

Quer quando afirma ser o poder público o titular exclusivo da prestação, ou quando lhe defere a escolha do modo de execução da prestação, a Carta Fundamental está a traçar política pública de observância obrigatória por todos os entes integrantes da federação. Vale dizer que nenhum dos entes federativos pode esquivar-se do dever constitucional de prestar os serviços públicos de sua respectiva competência, nem pode cogitar de meio de execução da prestação diverso daqueles postos no Texto Magno: execução pelo próprio ente titular da prestação ou delegação da execução a terceiros, por meio de concessão ou permissão. Não há terceira via, quando se trata de prestar serviços públicos. Mesmo a sobrevinda parceria público-privada (PPP), que a Lei nº 11.079/04 introduziu no direito positivo brasileiro por importação de modelo inglês concebido no início dos anos

53 Proc. no 2010-0261105. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

1990, nada mais é do que peculiar variante da delegação, com o traço distintivo principal de admitir a gestão de outras espécies de serviços de interesse público, de cuja execução o poder público e a empresa privada participam na proporção que for convencionada em projeto técnico, que será objeto de licitação e que se definirá no conseqüente contrato de parceria.

Tal diretriz constitucional resgatou o prestígio da outorga contratual da execução da prestação de serviços públicos a empresas privadas, selecionadas mediante licitação, que havia sido remetido a segundo plano pela multiplicação, a partir de meados do século XX, de empresas públicas ou sociedades de economia mista na administração pública brasileira, criadas por lei ou decreto administrativo, com o fim de executar a prestação desses serviços, quase que relegando a desuso a delegação contratual.

Inúmeros passos estratégicos, gerenciais e operacionais foram encaminhados desde então para que os entes federativos dessem cumprimento à nova ordem constitucional, sobrelevando-se dois: leis específicas foram editadas, no escopo de disciplinar o regime das concessões e permissões de serviços públicos; autarquias especiais foram criadas, com o fim de regular, tecnicamente, a execução da prestação em cada segmento dos serviços públicos (notadamente, águas e esgoto, energia elétrica, telecomunicações, transportes e combustíveis).

Centenas de autarquias reguladoras e de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos passaram a existir em todas as esferas da federação (federal, estaduais, distrital e municipais), a desenhar um cenário de complexas relações entre o poder público e as autarquias reguladoras, entre estas e as empresas delegatárias, e entre as autarquias e empresas e os usuários dos serviços públicos concedidos ou permitidos, com intensas repercussões jurídico-administrativas, desdobradas entre princípios e normas de direito público e princípios e normas de proteção ao consumidor.

De um lado, era, como é, necessário expandir a execução, de modo a que, em cada segmento, a prestação alcance o universo dos usuários. De outro, que a execução se faça com continuidade, segurança, qualidade e modicidade - tais os atributos que devem caracterizar, em síntese, a execução delegada da prestação de serviços públicos.

Em alguns segmentos, as concessionárias lograram aproximar-se da universalização da oferta do serviço. Afirma-se, sem contradita, que, no segmento da telefonia celular, por exemplo, o número de aparelhos em uso já supera o da população brasileira. Em outros segmentos, ressalva-se, também sem oposição idônea, que ainda longe se está de garantir-se oferta universal do serviço, como no caso de água e esgoto (v. O GLOBO, *Estudo mostra um Rio de águas poluídas*, edição de 30.12.10. p. 25).

Em todos os segmentos, porém, a qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias e permissionárias apresenta pontos de tensão que provocam avaliação negativa por grande número de usuários. As causas mais amiúde apontadas por ambos os interessados - concessionárias e permissionárias de um lado, usuários de outro - são deficiências técnicas, carência de investimentos, políticas e práticas equivocadas de relacionamento entre executores e consumidores, cujos conflitos deságuam no Judiciário: no Estado do Rio de Janeiro, os Juizados Especiais vêm recebendo, a cada ano, em torno de duzentos mil novos processos, por meio dos quais usuários pedem a condenação de concessionárias à reparação de danos materiais e morais que suportariam, em decorrência da má execução dos serviços (v. O GLOBO, *Classe C vai às compras e reclama*, edição de 29.12.10, p. 30, referindo estatística fornecida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro). Sem contar número também elevado de ações distribuídas às Varas Cíveis, com pleitos da mesma natureza, porém de valor superior ao da alçada dos Juizados Especiais (até 40 salários mínimos).

Seja para corresponder à exigência da universalização da oferta dos serviços - importante tanto para beneficiar a população, sem exclusões, quanto para obter receita que sustente o custeio das redes, bem como sua expansão e aperfeiçoamento -, ou para responder ao desafio de oferecer serviços de qualidade, as concessionárias encontram óbices que imputam à conduta dos usuários: violação dos mecanismos de aferição do consumo, no intuito de reduzir o valor a pagar; furtos e depredação de materiais e equipamentos indispensáveis à execução dos serviços; uso clandestino da rede; inadimplência.

Daí a adoção de medidas que põem em confronto as concessionárias e os usuários de seus serviços, vindo a transformar-se em lides judiciais.

Medidas que as concessionárias reputam essenciais para combater aqueles desvios, impedir evasão de receita e lesões às redes. Mas que os usuários entendem atentatórias à sua dignidade pessoal, não raro ensejando a configuração de danos materiais e morais.

2. perfil das demandas judiciais.

A iniciativa das ações judiciais é, quase sempre, dos usuários, em sua maioria patrocinados pela Defensoria Pública - órgão da administração estadual, ao qual incumbe a assistência judiciária gratuita a hipossuficientes -, ou de ações coletivas propostas pelo Ministério Público. O que adiciona ingrediente inusitado: instituições do próprio estado provocam a atuação de um dos poderes do estado, com o fim de por cobro a supostos defeitos de funcionamento em serviços executados por concessionárias ou permissionárias contratadas pelo estado, sujeitas ao poder regulamentar deste e à orientação técnica de autarquias especiais, igualmente integrantes da administração estatal. Círculo interminável de custos superpostos, destinados ao controle de desempenho de empresas privadas, por cuja conta e risco exclusivo os serviços devem ser executados (Lei nº 8.987/95, art. 2º, II), delegados que foram porque, entre outros motivos, o estado não dispõe de meios para a execução direta em dimensão adequada.

Chega-se à segunda década do século XXI com forte expansão quantitativa dos serviços públicos executados mediante concessão ou permissão, porém com reiteradas e recíprocas queixas de concessionárias e usuários. Inúmeras questões jurídicas têm sido suscitadas nos conflitos entre as partes, tais como a validade de termos de ocorrência de irregularidades, lavrados unilateralmente por prepostos de concessionárias, apontando a existência de fraudes no mecanismo medidor do consumo, com base nos quais são lançadas cobranças de consumo sob estimativa e ameaça de interrupção no fornecimento do serviço, à falta do pertinente pagamento pelo usuário; a juridicidade de considerar-se *propter rem* a índole da relação entre o consumo e a unidade que o gerou, de sorte a autorizar a cobrança, endereçada ao atual ocupante da unidade, de débito referente a período pretérito, em que outro era o usuário, inclusive condicionando-se a transferência da titularidade da assinatura do serviço ao pagamento de

débitos deixados pelo antigo usuário; a legalidade de cobrança de tarifa mínima, multiplicada pelo número de unidades (economias) existentes em condomínios, quando o consumo de todo o conjunto é aferido por um só medidor; o emprego, por concessionárias, de empresas privadas de segurança, com o fim de investigar, em paralelo à atuação policial, o furto e a receptação de material utilizado na rede.

Em todos esses procedimentos, em largo curso nas práticas das concessionárias, o tema a ser juridicamente aprofundado concerne ao exercício do poder de fiscalização das concessionárias, não raro entrelaçado com funções típicas de polícia, no alegado intuito de coibir ou corrigir condutas ineficientes ou lesivas.

Como frisa Marçal Justen Filho, "porque desempenha serviço público, o delegatário é instrumento de realização do interesse público. Por isso, deve relacionar-se com os usuários em termos similares ao que se passa quando o Estado presta serviços diretamente. Juridicamente, o serviço público existe não porque foi delegado, mas é delegado por ser serviço público. O delegatário deve compreender que o usuário não é mero detalhe nem é uma inconveniência a ser ignorada. Sem reconhecer a dimensão do usuário como razão fundamental da existência do serviço público, é impossível compreender os institutos ora examinados" (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 451. Ed. Dialética, 2003).

As milhares de demandas ajuizadas a cada ano refletem que o suporte factual das lides, variável embora, reitera repetidas violações básicas à ordem jurídica; concessionárias e usuários perseveram em conduta errática; pouca esperança há de que umas e outros estejam a sinceramente rever e retificar estratégias e procedimentos, sugerindo a reiteração no erro que litigar lhes traga mais vantagens ou menos custos - em proporções estatísticas - do que prevenir os conflitos pela emenda de rumos.

Problema de gestão deficiente ou gestão subordinada a interesse financeiro imediato? Seja qual for a raiz do problema, o resultado desviante é o mesmo, ao que transparece dos processos judiciais. Por isto que se multiplicam os enunciados e verbetes sumulares uniformizadores do entendimento pretoriano sobre as questões que se reiteram nas ações judiciais.

3. verbete sumular 190: a interrupção que causa dano moral.

Como se fez notar nos comentários ao verbete sumular 83, a questão da interrupção do fornecimento de serviço público essencial por falta de pagamento do usuário já conheceu oscilação jurisprudencial, pacificada na medida em que o Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 363.943/MG, de seu Órgão Especial), firmou o entendimento de não constituir interrupção indevida o corte do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente, desde que mediante prévio aviso. A jurisprudência dominante neste Tribunal estadual, alinhando-se à orientação da Corte Superior, incumbida que é esta de uniformizar a interpretação do direito federal, por força do disposto no art. 105, III, da Constituição da República, fixou, no verbete 83 de sua Súmula, que "É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei".

A contrário senso, não será lícita a interrupção do serviço se adimplente o usuário ou, se inadimplente, sem prévio aviso. Mas não apenas.

A utilidade da orientação posta no verbete 190 ("A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral") está em deduzir-se da ilicitude da conduta da concessionária a configuração do dano moral, já que nem sempre este é gerado por aquela. Há condutas que, ilícitas embora, não atentam contra a dignidade da pessoa do usuário, aí compreendidos, entre outros valores e atributos, o crédito, a honra, a imagem, a integridade física ou psíquica.

O que se verifica, em grande número de litígios deduzidos em Juízo, é que a resposta da concessionária segue modelo padronizado, reduzido a dissertação sobre conceitos em tese, desvinculados das circunstâncias do caso concreto.

A pacificação dos conflitos reclama o diálogo entre as fontes de dois regimes – o das concessões de serviços públicos e o da proteção do consumidor -, por isto que se sujeita ao disposto no art. 6º da Lei nº 8.098/95, que regula as concessões e permissões de serviços públicos, e no art. 14 do CDC, que define a responsabilidade por fato do serviço de modo a caracterizá-la como objetiva, impondo ao prestador responder, independente-

mente de culpa, "pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços ...", somente escusando-se quando, "tendo prestado o serviço, o defeito inexiste", ou por "culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro" (§ 3º, incisos I e II).

A regra do art. 6º, VI, do estatuto consumerista igualmente rege a questão: "São direitos básicos do consumidor: VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

O fato capital das lides é se houve, ou não, prestação defeituosa do serviço, interrompido na ausência de qualquer das justificativas legais, a dar causa eficiente a danos morais.

Cabe às concessionárias, à luz da distribuição dos encargos probatórios estabelecida no art. 333, II, do código de ritos, produzir a prova de que avisaram previamente o usuário da interrupção, aviso prévio esse que é exigência legal (Lei nº 8.987/95, art. 6º) e regulamentar (Resolução ANEEL nº 456/2000, art. 91).

Impõe-se às concessionárias prestar serviço adequado, que é aquele que "satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas" (Lei nº 8.987/95, art. 6º, § 1º). O § 3º do mesmo preceptivo somente autoriza a interrupção do fornecimento "em situação de emergência ou após prévio aviso, quando motivada por razões de ordem técnica..., e por inadimplemento do usuário".

Se emergência não houve, nem razões de ordem técnica, tampouco inadimplência, a interrupção viola as condições da prestação de serviço adequado e expõe os usuários a seus deletérios efeitos.

Deixar sem água, energia elétrica, gás ou telefone, por períodos prolongados, residências ou estabelecimentos de outra natureza é que dá causa a constrangimentos maiores do que o mero aborrecimento, atentando contra a dignidade pessoal do usuário.

O dano moral se presume em face de circunstâncias de que decorra injusto gravame. Importa, para delinear-se dano dessa espécie, mormente sendo objetiva a responsabilização civil da concessionária nas relações de consumo, a demonstração do nexo de causalidade entre o defeito do ser-

viço e a violação de direito da personalidade. O nexo causal se comprova pela reiteração do funcionamento defeituoso ou da omissão sem emenda, culminando com a interrupção do serviço, cumuladamente, ou não, com medidas administrativas que visam a coagir o usuário a aceitar cobranças por estimativas, não raro sem fundamento objetivamente demonstrável.

Sendo essa a conduta da concessionária, nada mais é necessário para configurarem-se o dano e o dever de repará-lo, afeiçoando-se às hipóteses versadas nos verbetes 75, parte final ('O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, **salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte**'), e 94 ('Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar"), da Súmula deste TJRJ.

O valor da verba a arbitrar-se deve: (a) atender ao caráter dúplice da reparação (compensatório e punitivo); (b) levar em conta a intensidade do dano, bem como a situação sócio-econômica do usuário e da prestadora do serviço; (c) o enriquecimento sem causa do usuário, contra o qual adverte a jurisprudência dominante nos tribunais superiores, à vista do disposto no art. 884 do CC/02; (d) consultar à razoabilidade e à proporcionalidade que se inferem dos artigos 944 e seguintes da lei civil.

4. O verbete sumular 191: influência do fator temporal na geração do dano.

O verbete 191 ("Breve interrupção na prestação dos serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás por deficiência operacional não constitui dano moral") põe em relevo o fator temporal, ao estabelecer que a interrupção na prestação do serviço que seja breve não gera dano moral.

O pressuposto da lesão imaterial, em matéria de prestação de serviços públicos, reside na descontinuidade que abala, subvertendo, o cotidiano do usuário. Se a interrupção, porque breve, não dá causa a tal subversão - desordem que inviabiliza ou dificulta o cumprimento dos compromissos rotineiros do usuário, na residência ou na empresa, tais como atendimento às necessidades básicas dos membros da família (*vg*, alimentação, rotina

escolar de filhos, assistência a enfermos, observância de horários imperativos) ou da empresa (*vg*, satisfação de compromissos agendados com clientes) -, não se caracterizará ofensa a direitos da personalidade pela singela e evidente razão de que nada de significativo se alterou no dia-a-dia do usuário. Este, nada obstante a interrupção, pode atender, sem desestruturações, nem perdas aflitivas, a todos os seus compromissos, previstos durante o período da interrupção.

Há de convir-se em que, cuidando-se de serviços massificados em escala, por mais eficiente que lhes possa ser a respectiva gerência operacional, há sempre margem para panes técnicas, cuja resolução, em breve tempo, com mínimo desconforto para os usuários, demonstra que a concessionária está suficientemente organizada e atenta para dar resposta pronta ao fortuito, antes que seus efeitos contaminem a prestação devida aos usuários. Nessas circunstâncias, impor-se à concessionária o ônus de reparar danos presumidos, como são os morais, daria azo ao enriquecimento sem causa dos usuários.

5. O verbete sumular 192: a natureza *uti singuli* da relação concessionária-usuário.

O verbete 192 ("Incabível a interrupção de serviço público essencial em razão de débito pretérito, ainda que o usuário seja previamente notificado") tem por pressuposto a natureza jurídica *uti singuli* dos serviços públicos divisíveis, isto é, aqueles cujo consumo pode ser aferido individualmente, por isto que de cada usuário se deve cobrar o valor correspondente ao que consumiu no período recém aferido. Nem mais, nem menos.

Nada obstante, tornou-se comum concessionária de serviços públicos somarem, em faturas atuais, ao valor do consumo presente o valor de consumo relativo a período pretérito, independentemente, inclusive, de que, nesse último período, outro fosse o responsável pela unidade consumidora. Entendem as concessionárias que cabe a interrupção do fornecimento do serviço se o usuário atual, advertido por aviso prévio, permanecer inadimplente quanto àqueles débitos pretéritos.

Reducionismo inaceitável, que mal disfarça que tais concessionárias manejam a ameaça de corte no fornecimento como meio para coagir o atual ocupante da unidade ao pagamento de contas correspondentes a período em que esta era desprovida de equipamento medidor - por isto que o consumo era calculado por estimativa -, com a agravante de que, na maioria dos casos, outro era o usuário naquele período. Logo, a concessionária pretenderia obter receita por serviços que terá prestado a anteriores ocupantes da unidade, calculados por estimativa.

Se o atual usuário dispõe-se a pagar as faturas mensais de consumo medido no presente, cabe à concessionária emiti-las e prestar o correspondente serviço mediante o pagamento dos respectivos valores, cuidando de dirigir a cobrança de débitos pretéritos, acaso existentes, àqueles que eram usuários ao tempo dos respectivos consumos. Ou, se coincidentes os usuários atuais e pretéritos, promover a cobrança dos débitos pretéritos, pela via própria, em separado dos débitos atuais, sem condicionar a continuidade do fornecimento dos serviços ao pagamento dos pretéritos.

Tratando-se, como se trata, de serviço público *uti singuli*, ou seja, sustentado por receita advinda do efetivo consumo de cada usuário, a verossimilhança do direito ao fornecimento dos serviços ao atual usuário é patente, tanto quanto transparece o abuso do direito por parte das concessionárias, ao vincularem a continuidade do serviço ao pagamento de débitos referentes a períodos anteriores.

O cerne da questão não se encontra na afirmativa das concessionárias, de que avisaram os usuários previamente do corte e o efetuaram porque estes não pagaram a conta do fornecimento. Fosse apenas isto e decerto que a interrupção encontraria amparo no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95. A questão é outra: as concessionárias querem que os atuais usuários paguem todas as diferenças por consumo estimado no passado. Legítima a resistência dos atuais usuários e abusivo o corte como meio de coerção para o pagamento de débitos pretéritos de terceiros.

Quando tal situação for o suporte factual de pleito de tutela antecipada, os quatro requisitos do art. 273 do CPC, com a redação da Lei nº 8.952/94

(verossimilhança das alegações, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa e reversibilidade do provimento antecipado), encontrar-se-ão presentes, autorizando o deferimento da medida, à vista da essencialidade do bem objeto da prestação, notadamente água e energia elétrica.◆

SÚMULA Nº 193

"Breve interrupção na prestação dos serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás por deficiência operacional não constitui dano moral".

Referência[54]

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR
DESEMBARGADOR

1. Contextualização constitucional do tema.

A Constituição da República de 1988 incumbiu o poder público de prestar os serviços públicos, mas estabeleceu que os entes respectivamente competentes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a execução dessa prestação podem optar entre cumpri-la diretamente, ou seja, por seus órgãos subordinados de administração direta ou entidades vinculadas de administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), ou mediante delegação contratual a empresas privadas, as chamadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (artigos 37, *caput*, e 175).

Quer quando afirma ser o poder público o titular exclusivo da prestação, ou quando lhe defere a escolha do modo de execução da prestação, a Carta Fundamental está a traçar política pública de observância obrigatória por todos os entes integrantes da federação. Vale dizer que nenhum dos entes federativos pode esquivar-se do dever constitucional de prestar os serviços públicos de sua respectiva competência, nem pode cogitar de meio de execução da prestação diverso daqueles postos no Texto Magno: execução pelo próprio ente titular da prestação ou delegação da execução a terceiros, por meio de concessão ou permissão. Não há terceira via, quando se trata de prestar serviços públicos. Mesmo a sobrevinda parceria público-privada (PPP), que a Lei nº 11.079/04 introduziu no direito positivo

54 Proc. no 2010-0261105. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

brasileiro por importação de modelo inglês concebido no início dos anos 1990, nada mais é do que peculiar variante da delegação, com o traço distintivo principal de admitir a gestão de outras espécies de serviços de interesse público, de cuja execução o poder público e a empresa privada participam na proporção que for convencionada em projeto técnico, que será objeto de licitação e que se definirá no conseqüente contrato de parceria.

Tal diretriz constitucional resgatou o prestígio da outorga contratual da execução da prestação de serviços públicos a empresas privadas, selecionadas mediante licitação, que havia sido remetido a segundo plano pela multiplicação, a partir de meados do século XX, de empresas públicas ou sociedades de economia mista na administração pública brasileira, criadas por lei ou decreto administrativo, com o fim de executar a prestação desses serviços, quase que relegando a desuso a delegação contratual.

Inúmeros passos estratégicos, gerenciais e operacionais foram encaminhados desde então para que os entes federativos dessem cumprimento à nova ordem constitucional, sobrelevando-se dois: leis específicas foram editadas, no escopo de disciplinar o regime das concessões e permissões de serviços públicos; autarquias especiais foram criadas, com o fim de regular, tecnicamente, a execução da prestação em cada segmento dos serviços públicos (notadamente, águas e esgoto, energia elétrica, telecomunicações, transportes e combustíveis).

Centenas de autarquias reguladoras e de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos passaram a existir em todas as esferas da federação (federal, estaduais, distrital e municipais), a desenhar um cenário de complexas relações entre o poder público e as autarquias reguladoras, entre estas e as empresas delegatárias, e entre as autarquias e empresas e os usuários dos serviços públicos concedidos ou permitidos, com intensas repercussões jurídico-administrativas, desdobradas entre princípios e normas de direito público e princípios e normas de proteção ao consumidor.

De um lado, era, como é, necessário expandir a execução, de modo a que, em cada segmento, a prestação alcance o universo dos usuários. De outro, que a execução se faça com continuidade, segurança, qualidade e

modicidade - tais os atributos que devem caracterizar, em síntese, a execução delegada da prestação de serviços públicos.

Em alguns segmentos, as concessionárias lograram aproximar-se da universalização da oferta do serviço. Afirma-se, sem contradita, que, no segmento da telefonia celular, por exemplo, o número de aparelhos em uso já supera o da população brasileira. Em outros segmentos, ressalva-se, também sem oposição idônea, que ainda longe se está de garantir-se oferta universal do serviço, como no caso de água e esgoto (v. O GLOBO, *Estudo mostra um Rio de águas poluídas*, edição de 30.12.10. p. 25).

Em todos os segmentos, porém, a qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias e permissionárias apresenta pontos de tensão que provocam avaliação negativa por grande número de usuários. As causas mais amiúde apontadas por ambos os interessados - concessionárias e permissionárias de um lado, usuários de outro - são deficiências técnicas, carência de investimentos, políticas e práticas equivocadas de relacionamento entre executores e consumidores, cujos conflitos deságuam no Judiciário: no Estado do Rio de Janeiro, os Juizados Especiais vêm recebendo, a cada ano, em torno de duzentos mil novos processos, por meio dos quais usuários pedem a condenação de concessionárias à reparação de danos materiais e morais que suportariam, em decorrência da má execução dos serviços (v. O GLOBO, *Classe C vai às compras e reclama*, edição de 29.12.10, p. 30, referindo estatística fornecida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro). Sem contar número também elevado de ações distribuídas às Varas Cíveis, com pleitos da mesma natureza, porém de valor superior ao da alçada dos Juizados Especiais (até 40 salários mínimos).

Seja para corresponder à exigência da universalização da oferta dos serviços - importante tanto para beneficiar a população, sem exclusões, quanto para obter receita que sustente o custeio das redes, bem como sua expansão e aperfeiçoamento -, ou para responder ao desafio de oferecer serviços de qualidade, as concessionárias encontram óbices que imputam à conduta dos usuários: violação dos mecanismos de aferição do consumo, no intuito de reduzir o valor a pagar; furtos e depredação de materiais e equipamentos indispensáveis à execução dos serviços; uso clandestino da rede; inadimplência.

Daí a adoção de medidas que põem em confronto as concessionárias e os usuários de seus serviços, vindo a transformar-se em lides judiciais. Medidas que as concessionárias reputam essenciais para combater aqueles desvios, impedir evasão de receita e lesões às redes. Mas que os usuários entendem atentatórias à sua dignidade pessoal, não raro ensejando a configuração de danos materiais e morais.

2. perfil das demandas judiciais.

A iniciativa das ações judiciais é, quase sempre, dos usuários, em sua maioria patrocinados pela Defensoria Pública - órgão da administração estadual, ao qual incumbe a assistência judiciária gratuita a hipossuficientes -, ou de ações coletivas propostas pelo Ministério Público. O que adiciona ingrediente inusitado: instituições do próprio estado provocam a atuação de um dos poderes do estado, com o fim de por cobro a supostos defeitos de funcionamento em serviços executados por concessionárias ou permissionárias contratadas pelo estado, sujeitas ao poder regulamentar deste e à orientação técnica de autarquias especiais, igualmente integrantes da administração estatal. Círculo interminável de custos superpostos, destinados ao controle de desempenho de empresas privadas, por cuja conta e risco exclusivo os serviços devem ser executados (Lei nº 8.987/95, art. 2º, II), delegados que foram porque, entre outros motivos, o estado não dispõe de meios para a execução direta em dimensão adequada.

Chega-se à segunda década do século XXI com forte expansão quantitativa dos serviços públicos executados mediante concessão ou permissão, porém com reiteradas e recíprocas queixas de concessionárias e usuários. Inúmeras questões jurídicas têm sido suscitadas nos conflitos entre as partes, tais como a validade de termos de ocorrência de irregularidades, lavrados unilateralmente por prepostos de concessionárias, apontando a existência de fraudes no mecanismo medidor do consumo, com base nos quais são lançadas cobranças de consumo sob estimativa e ameaça de interrupção no fornecimento do serviço, à falta do pertinente pagamento pelo usuário; a juridicidade de considerar-se *propter rem* a índole da relação entre o consumo e a unidade que o gerou, de sorte a autorizar a cobrança, endereçada ao atual ocupante da unidade, de débito referente a

período pretérito, em que outro era o usuário, inclusive condicionando-se a transferência da titularidade da assinatura do serviço ao pagamento de débitos deixados pelo antigo usuário; a legalidade de cobrança de tarifa mínima, multiplicada pelo número de unidades (economias) existentes em condomínios, quando o consumo de todo o conjunto é aferido por um só medidor; o emprego, por concessionárias, de empresas privadas de segurança, com o fim de investigar, em paralelo à atuação policial, o furto e a receptação de material utilizado na rede.

Em todos esses procedimentos, em largo curso nas práticas das concessionárias, o tema a ser juridicamente aprofundado concerne ao exercício do poder de fiscalização das concessionárias, não raro entrelaçado com funções típicas de polícia, no alegado intuito de coibir ou corrigir condutas ineficientes ou lesivas.

Como frisa Marçal Justen Filho, "porque desempenha serviço público, o delegatário é instrumento de realização do interesse público. Por isso, deve relacionar-se com os usuários em termos similares ao que se passa quando o Estado presta serviços diretamente. Juridicamente, o serviço público existe não porque foi delegado, mas é delegado por ser serviço público. O delegatário deve compreender que o usuário não é mero detalhe nem é uma inconveniência a ser ignorada. Sem reconhecer a dimensão do usuário como razão fundamental da existência do serviço público, é impossível compreender os institutos ora examinados" (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 451. Ed. Dialética, 2003).

As milhares de demandas ajuizadas a cada ano refletem que o suporte factual das lides, variável embora, reitera repetidas violações básicas à ordem jurídica; concessionárias e usuários perseveram em conduta errática; pouca esperança há de que umas e outros estejam a sinceramente rever e retificar estratégias e procedimentos, sugerindo a reiteração no erro que litigar lhes traga mais vantagens ou menos custos - em proporções estatísticas - do que prevenir os conflitos pela emenda de rumos.

Problema de gestão deficiente ou gestão subordinada a interesse financeiro imediato? Seja qual for a raiz do problema, o resultado desviante é o mesmo, ao que transparece dos processos judiciais. Por isto que se mul-

tiplicam os enunciados e verbetes sumulares uniformizadores do entendimento pretoriano sobre as questões que se reiteram nas ações judiciais.

3. verbete sumular 190: a interrupção que causa dano moral.

Como se fez notar nos comentários ao verbete sumular 83, a questão da interrupção do fornecimento de serviço público essencial por falta de pagamento do usuário já conheceu oscilação jurisprudencial, pacificada na medida em que o Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 363.943/MG, de seu Órgão Especial), firmou o entendimento de não constituir interrupção indevida o corte do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente, desde que mediante prévio aviso. A jurisprudência dominante neste Tribunal estadual, alinhando-se à orientação da Corte Superior, incumbida que é esta de uniformizar a interpretação do direito federal, por força do disposto no art. 105, III, da Constituição da República, fixou, no verbete 83 de sua Súmula, que "É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei".

A contrário senso, não será lícita a interrupção do serviço se adimplente o usuário ou, se inadimplente, sem prévio aviso. Mas não apenas.

A utilidade da orientação posta no verbete 190 ("A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral") está em deduzir-se da ilicitude da conduta da concessionária a configuração do dano moral, já que nem sempre este é gerado por aquela. Há condutas que, ilícitas embora, não atentam contra a dignidade da pessoa do usuário, aí compreendidos, entre outros valores e atributos, o crédito, a honra, a imagem, a integridade física ou psíquica.

O que se verifica, em grande número de litígios deduzidos em Juízo, é que a resposta da concessionária segue modelo padronizado, reduzido a dissertação sobre conceitos em tese, desvinculados das circunstâncias do caso concreto.

A pacificação dos conflitos reclama o diálogo entre as fontes de dois regimes – o das concessões de serviços públicos e o da proteção do consumidor -, por isto que se sujeita ao disposto no art. 6º da Lei nº 8.098/95, que regula as concessões e permissões de serviços públicos, e no art. 14 do

CDC, que define a responsabilidade por fato do serviço de modo a caracterizá-la como objetiva, impondo ao prestador responder, independentemente de culpa, "pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços ...", somente escusando-se quando, "tendo prestado o serviço, o defeito inexiste", ou por "culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro" (§ 3º, incisos I e II).

A regra do art. 6º, VI, do estatuto consumerista igualmente rege a questão: "São direitos básicos do consumidor: VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

O fato capital das lides é se houve, ou não, prestação defeituosa do serviço, interrompido na ausência de qualquer das justificativas legais, a dar causa eficiente a danos morais.

Cabe às concessionárias, à luz da distribuição dos encargos probatórios estabelecida no art. 333, II, do código de ritos, produzir a prova de que avisaram previamente o usuário da interrupção, aviso prévio esse que é exigência legal (Lei nº 8.987/95, art. 6º) e regulamentar (Resolução ANEEL nº 456/2000, art. 91).

Impõe-se às concessionárias prestar serviço adequado, que é aquele que "satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas" (Lei nº 8.987/95, art. 6º, § 1º). O § 3º do mesmo preceptivo somente autoriza a interrupção do fornecimento "em situação de emergência ou após prévio aviso, quando motivada por razões de ordem técnica..., e por inadimplemento do usuário".

Se emergência não houve, nem razões de ordem técnica, tampouco inadimplência, a interrupção viola as condições da prestação de serviço adequado e expõe os usuários a seus deletérios efeitos.

Deixar sem água, energia elétrica, gás ou telefone, por períodos prolongados, residências ou estabelecimentos de outra natureza é que dá causa a constrangimentos maiores do que o mero aborrecimento, atentando contra a dignidade pessoal do usuário.

O dano moral se presume em face de circunstâncias de que decorra injusto gravame. Importa, para delinear-se dano dessa espécie, mormente

sendo objetiva a responsabilização civil da concessionária nas relações de consumo, a demonstração do nexo de causalidade entre o defeito do serviço e a violação de direito da personalidade. O nexo causal se comprova pela reiteração do funcionamento defeituoso ou da omissão sem emenda, culminando com a interrupção do serviço, cumuladamente, ou não, com medidas administrativas que visam a coagir o usuário a aceitar cobranças por estimativas, não raro sem fundamento objetivamente demonstrável.

Sendo essa a conduta da concessionária, nada mais é necessário para configurarem-se o dano e o dever de repará-lo, afeiçoando-se às hipóteses versadas nos verbetes 75, parte final ('O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, **salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte**'), e 94 ('Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar''), da Súmula deste TJRJ.

O valor da verba a arbitrar-se deve: (a) atender ao caráter dúplice da reparação (compensatório e punitivo); (b) levar em conta a intensidade do dano, bem como a situação sócio-econômica do usuário e da prestadora do serviço; (c) o enriquecimento sem causa do usuário, contra o qual adverte a jurisprudência dominante nos tribunais superiores, à vista do disposto no art. 884 do CC/02; (d) consultar à razoabilidade e à proporcionalidade que se inferem dos artigos 944 e seguintes da lei civil.

4. O verbete sumular 191: influência do fator temporal na geração do dano.

O verbete 191 ("Breve interrupção na prestação dos serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás por deficiência operacional não constitui dano moral") põe em relevo o fator temporal, ao estabelecer que a interrupção na prestação do serviço que seja breve não gera dano moral.

O pressuposto da lesão imaterial, em matéria de prestação de serviços públicos, reside na descontinuidade que abala, subvertendo, o cotidiano do usuário. Se a interrupção, porque breve, não dá causa a tal subversão - desordem que inviabiliza ou dificulta o cumprimento dos compromissos

rotineiros do usuário, na residência ou na empresa, tais como atendimento às necessidades básicas dos membros da família (*vg*, alimentação, rotina escolar de filhos, assistência a enfermos, observância de horários imperativos) ou da empresa (*vg*, satisfação de compromissos agendados com clientes) -, não se caracterizará ofensa a direitos da personalidade pela singela e evidente razão de que nada de significativo se alterou no dia-a-dia do usuário. Este, nada obstante a interrupção, pode atender, sem desestruturações, nem perdas aflitivas, a todos os seus compromissos, previstos durante o período da interrupção.

Há de convir-se em que, cuidando-se de serviços massificados em escala, por mais eficiente que lhes possa ser a respectiva gerência operacional, há sempre margem para panes técnicas, cuja resolução, em breve tempo, com mínimo desconforto para os usuários, demonstra que a concessionária está suficientemente organizada e atenta para dar resposta pronta ao fortuito, antes que seus efeitos contaminem a prestação devida aos usuários. Nessas circunstâncias, impor-se à concessionária o ônus de reparar danos presumidos, como são os morais, daria azo ao enriquecimento sem causa dos usuários.

5. O verbete sumular 192: a natureza *uti singuli* da relação concessionária-usuário.

O verbete 192 ("Incabível a interrupção de serviço público essencial em razão de débito pretérito, ainda que o usuário seja previamente notificado") tem por pressuposto a natureza jurídica *uti singuli* dos serviços públicos divisíveis, isto é, aqueles cujo consumo pode ser aferido individualmente, por isto que de cada usuário se deve cobrar o valor correspondente ao que consumiu no período recém aferido. Nem mais, nem menos.

Nada obstante, tornou-se comum concessionária de serviços públicos somarem, em faturas atuais, ao valor do consumo presente o valor de consumo relativo a período pretérito, independentemente, inclusive, de que, nesse último período, outro fosse o responsável pela unidade consumidora. Entendem as concessionárias que cabe a interrupção do forneci-

mento do serviço se o usuário atual, advertido por aviso prévio, permanecer inadimplente quanto àqueles débitos pretéritos.

Reducionismo inaceitável, que mal disfarça que tais concessionárias manejam a ameaça de corte no fornecimento como meio para coagir o atual ocupante da unidade ao pagamento de contas correspondentes a período em que esta era desprovida de equipamento medidor - por isto que o consumo era calculado por estimativa -, com a agravante de que, na maioria dos casos, outro era o usuário naquele período. Logo, a concessionária pretenderia obter receita por serviços que terá prestado a anteriores ocupantes da unidade, calculados por estimativa.

Se o atual usuário dispõe-se a pagar as faturas mensais de consumo medido no presente, cabe à concessionária emiti-las e prestar o correspondente serviço mediante o pagamento dos respectivos valores, cuidando de dirigir a cobrança de débitos pretéritos, acaso existentes, àqueles que eram usuários ao tempo dos respectivos consumos. Ou, se coincidentes os usuários atuais e pretéritos, promover a cobrança dos débitos pretéritos, pela via própria, em separado dos débitos atuais, sem condicionar a continuidade do fornecimento dos serviços ao pagamento dos pretéritos.

Tratando-se, como se trata, de serviço público *uti singuli*, ou seja, sustentado por receita advinda do efetivo consumo de cada usuário, a verossimilhança do direito ao fornecimento dos serviços ao atual usuário é patente, tanto quanto transparece o abuso do direito por parte das concessionárias, ao vincularem a continuidade do serviço ao pagamento de débitos referentes a períodos anteriores.

O cerne da questão não se encontra na afirmativa das concessionárias, de que avisaram os usuários previamente do corte e o efetuaram porque estes não pagaram a conta do fornecimento. Fosse apenas isto e decerto que a interrupção encontraria amparo no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95. A questão é outra: as concessionárias querem que os atuais usuários paguem todas as diferenças por consumo estimado no passado. Legítima a resistência dos atuais usuários e abusivo o corte como meio de coerção para o pagamento de débitos pretéritos de terceiros.

Quando tal situação for o suporte factual de pleito de tutela antecipada, os quatro requisitos do art. 273 do CPC, com a redação da Lei nº 8.952/94 (verossimilhança das alegações, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa e reversibilidade do provimento antecipado), encontrar-se-ão presentes, autorizando o deferimento da medida, à vista da essencialidade do bem objeto da prestação, notadamente água e energia elétrica.◆

SÚMULA Nº 194

"Incabível a interrupção de serviço público essencial em razão de débito pretérito, ainda que o usuário seja previamente notificado".

Referência[55]

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

DESEMBARGADOR

1. Contextualização constitucional do tema.

A Constituição da República de 1988 incumbiu o poder público de prestar os serviços públicos, mas estabeleceu que os entes respectivamente competentes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a execução dessa prestação podem optar entre cumpri-la diretamente, ou seja, por seus órgãos subordinados de administração direta ou entidades vinculadas de administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), ou mediante delegação contratual a empresas privadas, as chamadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (artigos 37, *caput*, e 175).

Quer quando afirma ser o poder público o titular exclusivo da prestação, ou quando lhe defere a escolha do modo de execução da prestação, a Carta Fundamental está a traçar política pública de observância obrigatória por todos os entes integrantes da federação. Vale dizer que nenhum dos entes federativos pode esquivar-se do dever constitucional de prestar os serviços públicos de sua respectiva competência, nem pode cogitar de meio de execução da prestação diverso daqueles postos no Texto Magno: execução pelo próprio ente titular da prestação ou delegação da execução a terceiros, por meio de concessão ou permissão. Não há terceira via, quando se trata de prestar serviços públicos. Mesmo a sobrevinda parceria público-privada (PPP), que a Lei nº 11.079/04 introduziu no direito positivo

55 Proc. no 2010-0261105. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

brasileiro por importação de modelo inglês concebido no início dos anos 1990, nada mais é do que peculiar variante da delegação, com o traço distintivo principal de admitir a gestão de outras espécies de serviços de interesse público, de cuja execução o poder público e a empresa privada participam na proporção que for convencionada em projeto técnico, que será objeto de licitação e que se definirá no conseqüente contrato de parceria.

Tal diretriz constitucional resgatou o prestígio da outorga contratual da execução da prestação de serviços públicos a empresas privadas, selecionadas mediante licitação, que havia sido remetido a segundo plano pela multiplicação, a partir de meados do século XX, de empresas públicas ou sociedades de economia mista na administração pública brasileira, criadas por lei ou decreto administrativo, com o fim de executar a prestação desses serviços, quase que relegando a desuso a delegação contratual.

Inúmeros passos estratégicos, gerenciais e operacionais foram encaminhados desde então para que os entes federativos dessem cumprimento à nova ordem constitucional, sobrelevando-se dois: leis específicas foram editadas, no escopo de disciplinar o regime das concessões e permissões de serviços públicos; autarquias especiais foram criadas, com o fim de regular, tecnicamente, a execução da prestação em cada segmento dos serviços públicos (notadamente, águas e esgoto, energia elétrica, telecomunicações, transportes e combustíveis).

Centenas de autarquias reguladoras e de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos passaram a existir em todas as esferas da federação (federal, estaduais, distrital e municipais), a desenhar um cenário de complexas relações entre o poder público e as autarquias reguladoras, entre estas e as empresas delegatárias, e entre as autarquias e empresas e os usuários dos serviços públicos concedidos ou permitidos, com intensas repercussões jurídico-administrativas, desdobradas entre princípios e normas de direito público e princípios e normas de proteção ao consumidor.

De um lado, era, como é, necessário expandir a execução, de modo a que, em cada segmento, a prestação alcance o universo dos usuários. De outro, que a execução se faça com continuidade, segurança, qualidade e modicidade - tais os atributos que devem caracterizar, em síntese, a execução delegada da prestação de serviços públicos.

Em alguns segmentos, as concessionárias lograram aproximar-se da universalização da oferta do serviço. Afirma-se, sem contradita, que, no segmento da telefonia celular, por exemplo, o número de aparelhos em uso já supera o da população brasileira. Em outros segmentos, ressalva-se, também sem oposição idônea, que ainda longe se está de garantir-se oferta universal do serviço, como no caso de água e esgoto (v. O GLOBO, *Estudo mostra um Rio de águas poluídas*, edição de 30.12.10. p. 25).

Em todos os segmentos, porém, a qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias e permissionárias apresenta pontos de tensão que provocam avaliação negativa por grande número de usuários. As causas mais amiúde apontadas por ambos os interessados - concessionárias e permissionárias de um lado, usuários de outro - são deficiências técnicas, carência de investimentos, políticas e práticas equivocadas de relacionamento entre executores e consumidores, cujos conflitos deságuam no Judiciário: no Estado do Rio de Janeiro, os Juizados Especiais vêm recebendo, a cada ano, em torno de duzentos mil novos processos, por meio dos quais usuários pedem a condenação de concessionárias à reparação de danos materiais e morais que suportariam, em decorrência da má execução dos serviços (v. O GLOBO, *Classe C vai às compras e reclama*, edição de 29.12.10, p. 30, referindo estatística fornecida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro). Sem contar número também elevado de ações distribuídas às Varas Cíveis, com pleitos da mesma natureza, porém de valor superior ao da alçada dos Juizados Especiais (até 40 salários mínimos).

Seja para corresponder à exigência da universalização da oferta dos serviços - importante tanto para beneficiar a população, sem exclusões, quanto para obter receita que sustente o custeio das redes, bem como sua expansão e aperfeiçoamento -, ou para responder ao desafio de oferecer serviços de qualidade, as concessionárias encontram óbices que imputam à conduta dos usuários: violação dos mecanismos de aferição do consumo, no intuito de reduzir o valor a pagar; furtos e depredação de materiais e equipamentos indispensáveis à execução dos serviços; uso clandestino da rede; inadimplência.

Daí a adoção de medidas que põem em confronto as concessionárias e os usuários de seus serviços, vindo a transformar-se em lides judiciais.

Medidas que as concessionárias reputam essenciais para combater aqueles desvios, impedir evasão de receita e lesões às redes. Mas que os usuários entendem atentatórias à sua dignidade pessoal, não raro ensejando a configuração de danos materiais e morais.

2. perfil das demandas judiciais.

A iniciativa das ações judiciais é, quase sempre, dos usuários, em sua maioria patrocinados pela Defensoria Pública - órgão da administração estadual, ao qual incumbe a assistência judiciária gratuita a hipossuficientes -, ou de ações coletivas propostas pelo Ministério Público. O que adiciona ingrediente inusitado: instituições do próprio estado provocam a atuação de um dos poderes do estado, com o fim de por cobro a supostos defeitos de funcionamento em serviços executados por concessionárias ou permissionárias contratadas pelo estado, sujeitas ao poder regulamentar deste e à orientação técnica de autarquias especiais, igualmente integrantes da administração estatal. Círculo interminável de custos superpostos, destinados ao controle de desempenho de empresas privadas, por cuja conta e risco exclusivo os serviços devem ser executados (Lei nº 8.987/95, art. 2º, II), delegados que foram porque, entre outros motivos, o estado não dispõe de meios para a execução direta em dimensão adequada.

Chega-se à segunda década do século XXI com forte expansão quantitativa dos serviços públicos executados mediante concessão ou permissão, porém com reiteradas e recíprocas queixas de concessionárias e usuários. Inúmeras questões jurídicas têm sido suscitadas nos conflitos entre as partes, tais como a validade de termos de ocorrência de irregularidades, lavrados unilateralmente por prepostos de concessionárias, apontando a existência de fraudes no mecanismo medidor do consumo, com base nos quais são lançadas cobranças de consumo sob estimativa e ameaça de interrupção no fornecimento do serviço, à falta do pertinente pagamento pelo usuário; a juridicidade de considerar-se *propter rem* a índole da relação entre o consumo e a unidade que o gerou, de sorte a autorizar a cobrança, endereçada ao atual ocupante da unidade, de débito referente a período pretérito, em que outro era o usuário, inclusive condicionando-se a transferência da titularidade da assinatura do serviço ao pagamento de

débitos deixados pelo antigo usuário; a legalidade de cobrança de tarifa mínima, multiplicada pelo número de unidades (economias) existentes em condomínios, quando o consumo de todo o conjunto é aferido por um só medidor; o emprego, por concessionárias, de empresas privadas de segurança, com o fim de investigar, em paralelo à atuação policial, o furto e a receptação de material utilizado na rede.

Em todos esses procedimentos, em largo curso nas práticas das concessionárias, o tema a ser juridicamente aprofundado concerne ao exercício do poder de fiscalização das concessionárias, não raro entrelaçado com funções típicas de polícia, no alegado intuito de coibir ou corrigir condutas ineficientes ou lesivas.

Como frisa Marçal Justen Filho, "porque desempenha serviço público, o delegatário é instrumento de realização do interesse público. Por isso, deve relacionar-se com os usuários em termos similares ao que se passa quando o Estado presta serviços diretamente. Juridicamente, o serviço público existe não porque foi delegado, mas é delegado por ser serviço público. O delegatário deve compreender que o usuário não é mero detalhe nem é uma inconveniência a ser ignorada. Sem reconhecer a dimensão do usuário como razão fundamental da existência do serviço público, é impossível compreender os institutos ora examinados" (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 451. Ed. Dialética, 2003).

As milhares de demandas ajuizadas a cada ano refletem que o suporte factual das lides, variável embora, reitera repetidas violações básicas à ordem jurídica; concessionárias e usuários perseveram em conduta errática; pouca esperança há de que umas e outros estejam a sinceramente rever e retificar estratégias e procedimentos, sugerindo a reiteração no erro que litigar lhes traga mais vantagens ou menos custos - em proporções estatísticas - do que prevenir os conflitos pela emenda de rumos.

Problema de gestão deficiente ou gestão subordinada a interesse financeiro imediato? Seja qual for a raiz do problema, o resultado desviante é o mesmo, ao que transparece dos processos judiciais. Por isto que se multiplicam os enunciados e verbetes sumulares uniformizadores do entendimento pretoriano sobre as questões que se reiteram nas ações judiciais.

3. verbete sumular 190: a interrupção que causa dano moral.

Como se fez notar nos comentários ao verbete sumular 83, a questão da interrupção do fornecimento de serviço público essencial por falta de pagamento do usuário já conheceu oscilação jurisprudencial, pacificada na medida em que o Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 363.943/MG, de seu Órgão Especial), firmou o entendimento de não constituir interrupção indevida o corte do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente, desde que mediante prévio aviso. A jurisprudência dominante neste Tribunal estadual, alinhando-se à orientação da Corte Superior, incumbida que é esta de uniformizar a interpretação do direito federal, por força do disposto no art. 105, III, da Constituição da República, fixou, no verbete 83 de sua Súmula, que "É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma da lei".

A contrário senso, não será lícita a interrupção do serviço se adimplente o usuário ou, se inadimplente, sem prévio aviso. Mas não apenas.

A utilidade da orientação posta no verbete 190 ("A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral") está em deduzir-se da ilicitude da conduta da concessionária a configuração do dano moral, já que nem sempre este é gerado por aquela. Há condutas que, ilícitas embora, não atentam contra a dignidade da pessoa do usuário, aí compreendidos, entre outros valores e atributos, o crédito, a honra, a imagem, a integridade física ou psíquica.

O que se verifica, em grande número de litígios deduzidos em Juízo, é que a resposta da concessionária segue modelo padronizado, reduzido a dissertação sobre conceitos em tese, desvinculados das circunstâncias do caso concreto.

A pacificação dos conflitos reclama o diálogo entre as fontes de dois regimes – o das concessões de serviços públicos e o da proteção do consumidor -, por isto que se sujeita ao disposto no art. 6º da Lei nº 8.098/95, que regula as concessões e permissões de serviços públicos, e no art. 14 do CDC, que define a responsabilidade por fato do serviço de modo a caracterizá-la como objetiva, impondo ao prestador responder, independente-

mente de culpa, "pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços ...", somente escusando-se quando, "tendo prestado o serviço, o defeito inexiste", ou por "culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro" (§ 3º, incisos I e II).

A regra do art. 6º, VI, do estatuto consumerista igualmente rege a questão: "São direitos básicos do consumidor: VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

O fato capital das lides é se houve, ou não, prestação defeituosa do serviço, interrompido na ausência de qualquer das justificativas legais, a dar causa eficiente a danos morais.

Cabe às concessionárias, à luz da distribuição dos encargos probatórios estabelecida no art. 333, II, do código de ritos, produzir a prova de que avisaram previamente o usuário da interrupção, aviso prévio esse que é exigência legal (Lei nº 8.987/95, art. 6º) e regulamentar (Resolução ANEEL nº 456/2000, art. 91).

Impõe-se às concessionárias prestar serviço adequado, que é aquele que "satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas" (Lei nº 8.987/95, art. 6º, § 1º). O § 3º do mesmo preceptivo somente autoriza a interrupção do fornecimento "em situação de emergência ou após prévio aviso, quando motivada por razões de ordem técnica..., e por inadimplemento do usuário".

Se emergência não houve, nem razões de ordem técnica, tampouco inadimplência, a interrupção viola as condições da prestação de serviço adequado e expõe os usuários a seus deletérios efeitos.

Deixar sem água, energia elétrica, gás ou telefone, por períodos prolongados, residências ou estabelecimentos de outra natureza é que dá causa a constrangimentos maiores do que o mero aborrecimento, atentando contra a dignidade pessoal do usuário.

O dano moral se presume em face de circunstâncias de que decorra injusto gravame. Importa, para delinear-se dano dessa espécie, mormente sendo objetiva a responsabilização civil da concessionária nas relações de consumo, a demonstração do nexo de causalidade entre o defeito do ser-

viço e a violação de direito da personalidade. O nexo causal se comprova pela reiteração do funcionamento defeituoso ou da omissão sem emenda, culminando com a interrupção do serviço, cumuladamente, ou não, com medidas administrativas que visam a coagir o usuário a aceitar cobranças por estimativas, não raro sem fundamento objetivamente demonstrável.

Sendo essa a conduta da concessionária, nada mais é necessário para configurarem-se o dano e o dever de repará-lo, afeiçoando-se às hipóteses versadas nos verbetes 75, parte final ('O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, **salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte**'), e 94 ('Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar"), da Súmula deste TJRJ.

O valor da verba a arbitrar-se deve: (a) atender ao caráter dúplice da reparação (compensatório e punitivo); (b) levar em conta a intensidade do dano, bem como a situação sócio-econômica do usuário e da prestadora do serviço; (c) o enriquecimento sem causa do usuário, contra o qual adverte a jurisprudência dominante nos tribunais superiores, à vista do disposto no art. 884 do CC/02; (d) consultar à razoabilidade e à proporcionalidade que se inferem dos artigos 944 e seguintes da lei civil.

4. O verbete sumular 191: influência do fator temporal na geração do dano.

O verbete 191 ("Breve interrupção na prestação dos serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás por deficiência operacional não constitui dano moral") põe em relevo o fator temporal, ao estabelecer que a interrupção na prestação do serviço que seja breve não gera dano moral.

O pressuposto da lesão imaterial, em matéria de prestação de serviços públicos, reside na descontinuidade que abala, subvertendo, o cotidiano do usuário. Se a interrupção, porque breve, não dá causa a tal subversão - desordem que inviabiliza ou dificulta o cumprimento dos compromissos rotineiros do usuário, na residência ou na empresa, tais como atendimento às necessidades básicas dos membros da família (*vg*, alimentação, rotina escolar de filhos, assistência a enfermos, observância de horários impe-

rativos) ou da empresa (*vg*, satisfação de compromissos agendados com clientes) -, não se caracterizará ofensa a direitos da personalidade pela singela e evidente razão de que nada de significativo se alterou no dia-a-dia do usuário. Este, nada obstante a interrupção, pode atender, sem desestruturações, nem perdas aflitivas, a todos os seus compromissos, previstos durante o período da interrupção.

Há de convir-se em que, cuidando-se de serviços massificados em escala, por mais eficiente que lhes possa ser a respectiva gerência operacional, há sempre margem para panes técnicas, cuja resolução, em breve tempo, com mínimo desconforto para os usuários, demonstra que a concessionária está suficientemente organizada e atenta para dar resposta pronta ao fortuito, antes que seus efeitos contaminem a prestação devida aos usuários. Nessas circunstâncias, impor-se à concessionária o ônus de reparar danos presumidos, como são os morais, daria azo ao enriquecimento sem causa dos usuários.

5. O verbete sumular 192: a natureza *uti singuli* da relação concessionária-usuário.

O verbete 192 ("Incabível a interrupção de serviço público essencial em razão de débito pretérito, ainda que o usuário seja previamente notificado") tem por pressuposto a natureza jurídica *uti singuli* dos serviços públicos divisíveis, isto é, aqueles cujo consumo pode ser aferido individualmente, por isto que de cada usuário se deve cobrar o valor correspondente ao que consumiu no período recém aferido. Nem mais, nem menos.

Nada obstante, tornou-se comum concessionária de serviços públicos somarem, em faturas atuais, ao valor do consumo presente o valor de consumo relativo a período pretérito, independentemente, inclusive, de que, nesse último período, outro fosse o responsável pela unidade consumidora. Entendem as concessionárias que cabe a interrupção do fornecimento do serviço se o usuário atual, advertido por aviso prévio, permanecer inadimplente quanto àqueles débitos pretéritos.

Reducionismo inaceitável, que mal disfarça que tais concessionárias manejam a ameaça de corte no fornecimento como meio para coagir o

atual ocupante da unidade ao pagamento de contas correspondentes a período em que esta era desprovida de equipamento medidor - por isto que o consumo era calculado por estimativa -, com a agravante de que, na maioria dos casos, outro era o usuário naquele período. Logo, a concessionária pretenderia obter receita por serviços que terá prestado a anteriores ocupantes da unidade, calculados por estimativa.

Se o atual usuário dispõe-se a pagar as faturas mensais de consumo medido no presente, cabe à concessionária emiti-las e prestar o correspondente serviço mediante o pagamento dos respectivos valores, cuidando de dirigir a cobrança de débitos pretéritos, acaso existentes, àqueles que eram usuários ao tempo dos respectivos consumos. Ou, se coincidentes os usuários atuais e pretéritos, promover a cobrança dos débitos pretéritos, pela via própria, em separado dos débitos atuais, sem condicionar a continuidade do fornecimento dos serviços ao pagamento dos pretéritos.

Tratando-se, como se trata, de serviço público *uti singuli*, ou seja, sustentado por receita advinda do efetivo consumo de cada usuário, a verossimilhança do direito ao fornecimento dos serviços ao atual usuário é patente, tanto quanto transparece o abuso do direito por parte das concessionárias, ao vincularem a continuidade do serviço ao pagamento de débitos referentes a períodos anteriores.

O cerne da questão não se encontra na afirmativa das concessionárias, de que avisaram os usuários previamente do corte e o efetuaram porque estes não pagaram a conta do fornecimento. Fosse apenas isto e decerto que a interrupção encontraria amparo no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95. A questão é outra: as concessionárias querem que os atuais usuários paguem todas as diferenças por consumo estimado no passado. Legítima a resistência dos atuais usuários e abusivo o corte como meio de coerção para o pagamento de débitos pretéritos de terceiros.

Quando tal situação for o suporte factual de pleito de tutela antecipada, os quatro requisitos do art. 273 do CPC, com a redação da Lei nº 8.952/94 (verossimilhança das alegações, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa e reversibilidade do provimento antecipado), encontrar-se-ão presentes, autorizando o deferimento da medida, à vista da essencialidade do bem objeto da prestação, notadamente água e energia elétrica.◆

SÚMULA Nº 195

"A cobrança desproporcional e abusiva da tarifa relativa a serviços essenciais autoriza a antecipação da tutela para o pagamento por consignação nos próprios autos pelo valor médio dos últimos seis meses anteriores ao período reclamado".

Referência[56]

CLAUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA
DESEMBARGADOR

Com a edição, em 09 de maio de 2011, da Súmula Nº. 195 dispondo que "A cobrança desproporcional e abusiva da tarifa relativa a serviços essenciais autoriza a antecipação da tutela para o pagamento por consignação nos próprios autos pelo valor médio dos últimos seis meses anteriores ao período reclamado.", o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, consolidou entendimento observado em precedentes anteriores.

Para aplicação do verbete da Súmula 195, deve ser observado pelo magistrado o que estabelece o artigo 273 do Código de Processo Civil, quanto a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, os critérios para seu deferimento.

A tutela antecipada é a entrega provisória da prestação jurisdicional, ou de parte dela, desde que preenchidos os requisitos determinados na lei processual, tendo por objetivo entregar ao autor total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em Juízo, ou os seus efeitos.

Para tanto, o requerente da tutela deve demonstrar de forma inequívoca a verossimilhança das alegações feitas, ou mesmo demonstrar o abuso do direito de defesa.

Em se tratando de ação cujo objeto visa discutir cobrança desproporcional e abusiva de serviços essenciais, imperioso o deferimento da ante-

56 Proc. no 2010-0261105. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

cipação da tutela para pagamento por consignação pelo valor médio de período reclamado.

Tal medida se faz necessária pois objetiva a manutenção do serviço, com pagamento de valor equivalente a prestação, impedindo que o usuário torne-se inadimplente durante o trâmite do processo que visa discutir valores cobrados, considerados excessivos, dependendo o direito invocado de produção de prova e amplo contraditório.

Desta forma, sendo remota a possibilidade de dano ao prestador do serviço, nada obsta o deferimento da antecipação da tutela para determinar o pagamento por consignação pelo valor médio apurado nos últimos seis meses.

Ressalta-se que, caso não ocorra a realização da consignação deferida, o usuário inadimplente poderá ter o serviço, mesmo tido como essencial, suspenso na forma estabelecida pela legislação.◆

SÚMULA Nº 197

"A alegação de concessionária, destituída de prova de que a área é de risco, não a exime de reparar serviço essencial, sendo cabível a antecipação da tutela para restabelecê-lo ou a conversão em perdas em danos em favor do usuário".

Referência[57]

CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA
DESEMBARGADOR

Este verbete da súmula da jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, fruto da relatoria da insigne Desembargadora Leila Mariano, inclui-se entre os que tratam da relação entre os consumidores e as delegatárias de serviços públicos, que os exercem na forma de concessão ou permissão, por delegação da administração pública, conforme prevêem os artigos 37, *caput*, e 175 da Constituição Federal.

No plano ordinário sujeitam-se estas delegatárias ao que prevê a lei 9897/95, na qual se destaca o art. 6º, que impõe tanto à concessão quanto à permissão a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. Este dispositivo legal, no entanto, deve ser interpretado com o complemento do §1º, que define serviço adequado como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Sobre este último requisito, embora trate a norma como tarifa, o que se tem em regra são taxas, especialmente quando o serviço é de água e esgoto, que é obrigatório, e que deve por isto obedecer a definição de tributo dada pelo Código Tributário Nacional.

A lei 9897/95 ao estabelecer os regimes de concessão e de permissão da prestação de serviços públicos ampliou alguns requisitos que já eram explorados pela doutrina, todavia, no que se refere especificamente ao verbete ora sob comento, para que seja caracterizado o dever da

57 Proc. no 2010-0261105. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

não interrupção dos mesmos, convém destacar os requisitos da continuidade, da eficiência e da segurança do serviço prestado, de modo que somente em situações excepcionais, devidamente comprovadas, pode o delegatário deixar de reparar o serviço essencial, mesmo assim somente enquanto durar a excepcionalidade, o que de modo algum o exime da prestação ou da reparação do serviço.

Assim, se deixa de fazê-lo, a delegatária sujeita-se ao controle judiciário provocado pelo usuário prejudicado, seja este serviço realizado *uti singuli*, nos quais os usuários são determinados e a utilização é particular e mensurável para cada destinatário, ou *uti universi*, nos quais os usuários são indeterminados, sendo o serviço prestado para atender a coletividade no seu todo. Os primeiros podem ser perseguidos individualmente e os segundos, em regra, através das ações coletivas, em especial as ações civis públicas. Para Hely Lopes Meirelles a via adequada para o usuário exigir o serviço que lhe foi negado pelo poder público ou os seus delegados, sob qualquer modalidade, é a cominatória, com base no art. 287 do Código de Processo Civil.

Seja qual for o instrumento processual utilizado não há como negar a antecipação da tutela jurisdicional para garantir o restabelecimento do serviço. Convém aqui destacar que logo após a reforma processual de 1994, que incluiu a antecipação da tutela no nosso sistema, muito se discutiu acerca da possibilidade de concedê-la nas ações fazendárias, embora nestas a providência se mostre mais do que necessária exatamente pelas características do serviço público e da delegação que hoje estão positivadas na lei 9897/95, entretanto, em 1997, a lei 9494 passou a disciplinar a antecipação da tutela nas ações contra a fazenda pública, o que levou ao reconhecimento da doutrina atual de que a vedação só se dá se a pretensão autoral versar sobre reclassificação, equiparação, aumento ou extensão de vantagens pecuniárias de servidores públicos ou concessão de pagamento de vencimentos, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal em sessão realizada em 01/10/2008, que tem servido de paradigma dos julgamentos contemporâneos. Convém no entanto destacar que o nosso Tribunal, já em 2003, editou o verbete 60 de sua súmula, com o seguinte teor: "*Admissível a antecipação da tutela de mérito, mesmo contra a*

Fazenda Publica, desde que presente os seus pressupostos."

A exegese da lei 9494/97 deve ser estrita, de modo que onde não há limitação não é lícito ao magistrado entrevê-la, conforme se extrai do REsp 1.070.897/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 2/2/10, e da já mencionada orientação jurisprudencial hoje dominante, que pode ser demonstrada em alguns julgados deste Tribunal, de Tribunais Superiores e de outras unidades relevantes da federação, como os que seguem:

> 0027164-52.2011.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. Maria Inês Gaspar - julgamento: 07/06/2011 - Décima Sétima Câmara Cível;
>
> 0005656-50.2011.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. Inês da Trindade - julgamento: 13/04/2011 - Décima Terceira Câmara Cível;
>
> 0059550-72.2010.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. Roberto de Abreu e Silva - julgamento: 05/04/2011 - Nona Câmara Cível; processo AgRg no Ag. 1361195/DF - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2010/0194188-7, Relator Ministro Mauro Campbell Marques - Segunda Turma - data do julgamento 15/03/2011 - data da publicação/fonte DJE 22/03/2011; processo AgRg no Ag 1340617 / PR Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2010/0149727-3 - Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima - órgão julgador - Primeira Turma - data do julgamento 03/02/2011 - data da publicação/fonte DJE 18/02/2011; TJSP - 0074911-03.2011.8.26.0000 - Agravo de Instrumento – **Relator Des.** Oliveira Santos - **órgão julgador:** 6ª Câmara de Direito Público - **data do julgamento:** 13/06/2011 - **data de registro:** 14/06/2011; TJSP - 0017380-62.2009.8.26.0053 – Apelação – **Rel. Des.** Xavier de Aquino - 5ª Câmara de Direito Público - **data do julgamento:** 06/06/2011 - **data de registro:** 09/06/2011; TJRS - 70043144799 - Agravo de Instrumento - Vigésima Segunda Câmara Cível

Sobre as perdas e danos em favor do usuário é dever tanto da administração pública quanto da delegatária indenizá-las, uma vez ocorridas

e provadas. Destaque-se, como faz Hely Lopes Meireles, que recebida a delegação incumbe às concessionárias e permissionárias as mesmas obrigações de prestar regularmente os serviços aos usuários, de modo que deverá também suportar os mesmos encargos indenizatórios que teria o Estado se os prestasse diretamente, incluindo-se nestes a responsabilidade objetiva pelos danos causados a terceiros, cuja previsão se encontra no art. 37, §6º da Constituição Federal. Ressalte-se, ademais, que a eventual indenização por perdas e danos pode abranger não somente os defeitos do serviço, mas, também, os que resultarem do fato do serviço delegado, ou seja, que importarem em danos relacionados com o serviço em si mesmo considerado.

Conclui-se, desta forma que, diante dos requisitos específicos do serviço público, que se aplicam aos delegatários, e que de forma exemplificativa se encontram no art. 1º da lei 9897/95, não há como deixar a concessionária de prestar ou reparar o serviço essencial, mesmo diante de área de risco, cuja paralisação só será possível se cabalmente comprovada a situação impeditiva da realização do serviço ou obra, o que pode ser reclamado judicialmente de forma individual ou coletiva, com a possibilidade de manejo da antecipação da tutela jurisdicional.

Os verbetes sumulares são instrumentos importantes na interpretação do direito e, por conseqüência, na pacificação social, posto que orientam os operadores do direito e os jurisdicionados, propiciando segurança jurídica, princípio com *status* constitucional. Assim, nada obstante os instrumentos processuais da repercussão geral e dos recursos repetitivos, são inegáveis a importância e a força dos verbetes, notadamente em nosso Estado, cuja prática da judicatura demonstra, com o intenso uso nas lides processuais, a aceitação que os mesmos receberam dos operadores jurídicos e, neste aspecto, o verbete que se procurou sucintamente comentar atende com sobra estes objetivos. ◆

SÚMULA Nº 198

"Configura prática abusiva a inclusão de parcela atinente a débito pretérito na fatura mensal de serviço prestado por concessionária".

Referência[58]

MAURO NICOLAU JUNIOR
JUIZ DE DIREITO

A Súmula em comento resulta de fatos trazidos quotidianamente a julgamento pelo Poder Judiciário Fluminense resultante de prática condenável tanto por parte dos consumidores quanto de concessionárias.

Os serviços públicos prestados por empresas privadas através de contratos de concessão ou delegação são remunerados diretamente pelos usuários mediante preço fixado e fiscalizado pelo Poder concedente e pelos respectivos órgãos gestores e agências reguladoras.

Para o estabelecimento do custo a ser cobrado do usuário consumidor são levados em consideração todas as variantes, despesas, gastos com instalação e implantação, previsão de lucros, necessidade de investimentos e manutenção a fim de que os serviços se mantenham sendo prestados em caráter permanente e com padrão de qualidade aceitável.

Uma vez elaborada a planilha de custos e sendo aprovada pelo Poder concedente passa a ser praticada como forma de remuneração pelos serviços prestados pela concessionária e auferidos pelo usuário. Exatamente nesse momento os problemas começam a surgir visto que pessoas que se julgam mais espertas que outras passam simplesmente a lançar mão do serviço sem qualquer contrapartida o que recebeu a denominação de "gato".

Tal procedimento ao mesmo tempo em que causa danos a concessionária acaba por elevar os valores pagos pelos usuários que cumprem suas obrigações uma vez que os danos provocados pelos, assim chamados,

58 Proc. no 2010-0261105. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

"gatos", serão repassados e refletidos na planilha de custos majorando o custo a ser arcado por toda a coletividade.

Entre as formas de tentar solucionar esse problema as concessionárias de serviços públicos passaram a "autuar" os consumidores e uma vez constatada a irregularidade têm o legitimo direito de recuperar o consumo não remunerado o que é feito de conformidade com as normas estabelecidas pelas agências reguladoras. No entanto tais valores quando lançados nas faturas mensais dos usuários as tornam praticamente impagáveis conduzindo ao inadimplemento e, em conseqüência, a interrupção da prestação dos serviços.

Exatamente nesse ponto incide a aplicação da Sumula 196 do TJRJ posto que caracterizado o ato ilícito praticado pela concessionária de serviço público do qual decorre um dano inexorável ao consumidor consistente em se ver privado, injustamente, do fornecimento de serviço público essencial.

Nesse passo, o prestador de serviço responde objetivamente por falha em sua prestação, portanto, provado o fato, o nexo causal e o dano, razão não há para negar-se a indenização, a menos que o prestador de serviço prove a culpa exclusiva da vítima, ou de terceiro, ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Outrossim, pela teoria do risco do empreendimento, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes dos negócios, independentemente de sua culpa, pois a responsabilidade decorre do simples fato de alguém se dispor a realizar atividade de produzir, distribuir e comercializar ou executar determinados serviços.

O artigo 23 da Lei 8.078/90 trata sobre a teoria do risco da atividade econômica ao afirmar que *a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade*.

A doutrina não diverge como ensina o professor Leonardo de Medeiros Garcia[59]:

> O artigo aborda a teoria do risco da atividade econômica, estabelecendo uma garantia de adequação dos produtos e serviços (arts. 18 ao 22), em que o empresário ou quem explora a atividade econômica deve suportar os riscos provenientes de seu negócio.
>
> O Código estabelece de maneira explícita que o fornecedor não poderá se eximir de sua responsabilidade ao argumento de que desconhecia o vício de adequação, que tanto pode ser quanto à qualidade, quantidade ou informação dos produtos e serviços. Uma vez constatado o vício, o consumidor tem direito de obter a sanação e, ainda, de receber indenização por perdas e danos, se houver.
>
> (...)
>
> O CDC não estabelece essa diferença, devendo haver ampla e integral reparação, nos moldes da responsabilidade objetiva, sendo dispensável a observância do elemento culpa.
>
> Assim, basta a verificação do vício para que o fornecedor seja, diante da garantia estabelecida no artigo, obrigado a responder pela inadequação dos produtos e serviços.
>
> Dessa forma, conclui-se que a demonstração de boa-fé no sistema consumerista não é capaz de elidir a responsabilidade pelo dano causado ao consumidor.

Em se cuidando de energia elétrica, incumbe à concessionária, ao proceder a lavratura do TOI (Termo de Ocorrência de Irregularidade) fazê-lo em

59 GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor – Código Comentado e Jurisprudência. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010, p. 184.

plena observância aos critérios e procedimentos previstos na Resolução 456/2000 da ANEEL, especialmente dos incisos II e III do artigo 72 do referido ato administrativo, no que diz respeito a prova pericial:

> Art. 72. Constatada a ocorrência de qualquer procedimento irregular cuja responsabilidade não lhe seja atribuível e que tenha provocado faturamento inferior ao correto, ou no caso de não ter havido qualquer faturamento, a concessionária adotará as seguintes providências:
>
> I - emitir o "Termo de Ocorrência de Irregularidade", em formulário próprio, contemplando as informações necessárias ao registro da irregularidade, tais como:
>
> (...)
>
> II - solicitar os serviços de perícia técnica do órgão competente vinculado à segurança pública e/ou do órgão metrológico oficial, este quando se fizer necessária a verificação do medidor e/ou demais equipamentos de medição;
>
> III - implementar outros procedimentos necessários à fiel caracterização da irregularidade;

A suspensão do serviço não é meio de cobrança. Serve para desonerar o fornecedor de continuar cumprindo sua contraprestação se por ela não recebe, nos termos do art. 476 CC. No entanto, não é meio para compelir o devedor a regularizar seu débito.

O Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o corte do fornecimento só se mostra cabível em relação a débitos novos, ou seja, referentes ao mês de consumo não apenas com relação a energia elétrica como também, de água, gás e esgoto, como adiante se vê:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - CPC, ART. 535 - VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA – SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – DIFERENÇA DE CONSUMO

APURADA EM RAZÃO DE FRAUDE NO MEDIDOR - IMPOSSIBILIDADE.

1. Não ocorre negativa ou deficiência na prestação jurisdicional se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. A Primeira Seção e a Corte Especial do STJ entendem legal a suspensão do serviço de fornecimento de energia elétrica pelo inadimplemento do consumidor, após aviso prévio, exceto quanto aos débitos antigos, passíveis de cobrança pelas vias ordinárias de cobrança.

3. Entendimento que se aplica no caso de diferença de consumo apurada em decorrência de fraude no medidor, consoante têm decidido reiteradamente ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte. Precedentes.

4. Reformulação do entendimento da relatora, em homenagem à função constitucional uniformizadora atribuída ao STJ.

5. Recurso especial não provido. (REsp 1076485/RS. Min. Eliana Calmon, 2ª turma, j.19/02/2009).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E COLETA DE ESGOTO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. DIREITO LOCAL. SÚMULA 280/STF. CONTRAPRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INTERRUPÇÃO. DÉBITO PRETÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não viola os arts. 165, 458 e 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário" (Súmula 280/STF).

3. Não é lícito à concessionária interromper o serviços de fornecimento de água por dívida pretérita, a título de recuperação de consumo, em face da existência de outros meios legítimos de cobrança de débitos antigos não pagos.

4. É inviável, em sede de recurso especial, a apreciação do quantitativo em que autor e réu saíram vencedores ou vencidos na demanda, bem como da existência de sucumbência mínima ou recíproca, por ensejar o revolvimento de matéria eminentemente fático-probatória, a atrair o óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1009551/RJ. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. 18/09/2008).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. ART. 6º, § 3º, II, DA LEI N. 8.987/95. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO ABASTECIMENTO NA HIPÓTESE DE EXIGÊNCIA DE DÉBITO PRETÉRITO. CARACTERIZAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO E AMEAÇA AO CONSUMIDOR. ART. 42 DO CDC. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento a recurso especial, com base na jurisprudência desta Corte, entendendo pela impossibilidade do corte no fornecimento do serviço por se tratar de hipótese que versa sobre débito pretérito. Nas razões do agravo regimental, defende-se ser de direito a suspensão do abastecimento em razão de inadimplência do usuário.

2. O art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95 dispõe que "não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando for por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade". Portanto, se há o fornecimento do serviço pela concessionária, seja de água ou de energia elétrica, a obriga-

ção do consumidor será a de realizar o pagamento, sendo que, o não-cumprimento dessa contraprestação poderá ensejar, verificando-se caso a caso, a suspensão do serviço.

3. Hipótese dos autos que se caracteriza pela exigência de débito pretérito, não devendo, com isso, ser suspenso o fornecimento, visto que o corte do serviço pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, sendo inviável, pois, a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos, devendo a companhia utilizar-se dos meios ordinários de cobrança, não se admitindo nenhuma espécie de constrangimento ou ameaça ao consumidor, nos termos do art. 42 do CDC.

4. Precedentes: REsp 975.314/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 04/10/2007; AgRg no REsp 854.002/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 11/06/2007; REsp 875.993/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 01/03/2007; REsp 845.695/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 11/12/2006; AgRg no REsp 820.665/RS, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 08/06/2006.

5. Agravo regimental não-provido. (AgRg no REsp 1027644/RJ. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 27/05/2008.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUSPENSÃO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DÉBITOS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM FULCRO NO ART. 105, INCISO III, LETRA "C", DA CF/88. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA.

I - A suspensão no fornecimento de energia elétrica somente é permitida quando se tratar de inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, restando incabível tal conduta quando for relativa a débitos antigos não-pagos, em que há os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Precedente: AgRg no Ag nº 633.173/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 02/05/05.

II - É inadmissível o apelo especial manifestado pela alínea "c" do permissivo constitucional que deixa de demonstrar a existência de suposta divergência jurisprudencial, nos moldes estabelecidos pelo art. 255 do RISTJ c/c o 541, parágrafo único, do CPC.

III - Recurso especial improvido." (REsp 772.486/RS - STJ – 1ªT - Rel. Min. Francisco Falcão - Julgado em 06.12.2005 - DJ 06.03.2006 p. 225)

"PROCESSUAL CIVIL". AGRAVO REGIMENTAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO, DÚVIDA OU FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CABIMENTO NO CASO DO ART. 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO ABASTECIMENTO NA HIPÓTESE DE EXIGÊNCIA DE DÉBITO PRETÉRITO. CARACTERIZAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO E AMEAÇA AO CONSUMIDOR. CDC, ART. 42. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO-COMPROVADO.

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento.

2. O acórdão a quo entendeu pela proibição do corte no fornecimento de energia elétrica por débitos antigos, em face da essencialidade do serviço, uma vez que é bem indispensável à vida, além do que dispõe a concessionária e fornecedora dos meios judiciais cabíveis para buscar o ressarcimento daqueles.

3. Argumentos da decisão a quo que se apresentam claros e nítidos. Não dão lugar a omissões, obscuridades, dúvidas ou contradições. O não acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa, uma vez que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a

questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art.131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão do acórdão a ser suprida.

Inexiste ofensa aos arts. 165, 458 e 535, II, do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no voto a quo.

4. Com relação ao fornecimento de energia elétrica, o art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95 dispõe que "não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando for por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade". Portanto, havendo o fornecimento de energia elétrica pela concessionária, a obrigação do consumidor será a de cumprir com sua parte, isto é, o pagamento pelo referido fornecimento, sendo possível, verificando-se caso a caso, uma vez não realizada a contraprestação, o corte.

5. Hipótese dos autos que se caracteriza pela exigência de débito pretérito, não devendo, com isso, ser suspenso o fornecimento, visto que o corte de energia elétrica pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, sendo inviável, pois, a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos, em relação aos quais existe demanda judicial ainda pendente de julgamento, devendo a companhia utilizar-se dos meios ordinários de cobrança, não se admitindo qualquer espécie de constrangimento ou ameaça ao consumidor, nos termos do art. 42 do CDC.

6. Não se conhece de recurso especial fincado no art. 105, III, "c", da CF/88, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devidamente demonstrada, nos moldes em que exigida pelo parágrafo único, do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus §§ do RISTJ.

> 7. Agravo regimental não provido." (AgRg no Ag 633173/RS – STJ- 1ª T - Rel. Min. José Delgado - Julgado em 17.03.2005 - DJ 02.05.2005 p. 182)

Neste sentido, também a jurisprudência unânime do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro como se vê adiante. Na 1ª. Câmara Cível:

> "Processual Civil. Administrativo. Consumidor. Agravo de Instrumento. Decisão que indeferiu a tutela antecipada pleiteada em ação ordinária, no sentido de ser determinada a continuidade do abastecimento de água e tratamento de esgoto, considerando a existência de débito e de notificação. Condomínio composto por cento e trinta e seis unidades residenciais, no qual residem, aproximadamente, quinhentas pessoas e, que se encontra em débito no período de setembro de 2004 a março de 2007. Incabível a suspensão do fornecimento de água por débitos antigos e não pagos, para os quais podem ser adotados os meios ordinários de cobrança, sob pena de violação à disposição contida no art. 42, do CDC. Outrossim, a discussão judicial da dívida apurada unilateralmente e decorrente de débito pretérito afasta a suspensão do serviço, por ser indispensável à vida. Presentes os elementos autorizadores da antecipação de tutela, nos termos do art. 273, do CPC. Aplicação da Súmula nº 59. Recurso Provido. (Agravo de Instrumento nº. 2007.002.21093 – TJRJ - 1ª CC - Des. Carlos Eduardo Moreira Silva - Julgamento: 11/09/2007).

Na 2ª. Câmara Cível:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. 1) O corte do serviço de fornecimento de água pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo. Nos termos do art. 42 do CDC, que veda qualquer espécie de ameaça ou constrangimento ao consumidor, é inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos, devendo a companhia utilizar-se dos meios

> ordinários de cobrança. Do contrário, o corte funcionará como um meio espúrio de cobrança, verdadeiro instrumento de dominação de uma das partes contratantes sobre a outra, desestabilizando a necessária harmonia e equilíbrio contratuais e, dessarte, ofendendo-se as normas contidas nos incisos XXXII, XXXV, LIV do artigo 59 da Constituição da República. A Lei 8987/95 deve ser aplicada harmoniosamente com os preceitos e princípios consumeristas, face à relevância constitucional da matéria (CR, 5º, XXXII; 170, V; ADCT, 48) e, por isso, assegurada a defesa dos direitos dos consumidores. 2) Nos termos do enunciado nº 59 do TJRJ somente se reforma decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos, o que não é o caso. Aplicação do art. 557, do CPC. Recurso a que se nega seguimento." (Agravo de Instrumento nº. 2006.002.27767 – TJRJ – 2ª CC - Des. Suimei Meira Cavalieri - Julgamento: 30/03/2007).

Assim, na 5ª Câmara Cível:

> "Agravo de Instrumento. Ação indenizatória. Não há que se falar em violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, ante a antecipação de tutela concedida inaudita altera pars, vez que a verossimilhança das alegações trazidas pelo autor e o caráter de urgência da medida demonstram a necessidade da concessão imediata da tutela. Fornecimento de água e esgoto. Estabelecimento comercial. Inadimplemento do usuário. Suspensão. Possibilidade. Súmula nº 83 desta Corte. Débito relativo à conta referente ao mês de março de 2002. Impossibilidade de suspensão do fornecimento em razão de débitos antigos, eis que se trata de serviço de natureza essencial, cuja prestação deve ser contínua. Precedentes da Corte Superior. Manutenção da decisão. Seguimento negado." (Agravo de Instrumento 2007.002.20993 – TJRJ – 5ª CC - Des. Roberto Wider - Julgamento: 20/08/2007).

Na 14ª Câmara Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. IRREGULARIDADE NO MEDIDOR DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. DÉBITO APURADO UNILATERALMENTE. SUSPENSÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ILEGALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. 1. A relação jurídica que ora se examina é de consumo, pois o autor é destinatário final da energia elétrica fornecida pela ré, daí a necessidade de se resolver a lide dentro da norma consumerista prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2. Da leitura do art. 14 do CPDC, verifica-se que a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva e somente não responderá pela reparação dos danos causados ao consumidor se provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste ou o fato é exclusivo do consumidor ou de terceiro. 3. Outrossim, segundo a teoria do risco do empreendimento, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços tem o dever de responder pelos vícios resultantes dos negócios, independentemente de sua culpa, pois a responsabilidade decorre do simples fato de alguém se dispor a realizar atividade de produzir, distribuir e comercializar ou executar determinados serviços. 4. Dessa forma, incumbe à concessionária demonstrar que a lavratura do TOI se deu de forma regular e em plena observância aos critérios e procedimentos previstos na Resolução 456/2000 da ANEEL, ônus do qual não se desincumbiu.5. Impossibilidade de interrupção do serviço referente à débitos pretéritos, causando ofensa moral ao demandante, cuja comprovação é despicienda, pois ocorre in re ipsa. Precedentes. 6. Manutenção da verba indenizatória fixada em R$ 3.000,00 (três mil reais), por atender ao princípio da razoabilidade e as circunstâncias do caso concreto. Precedentes. 7. Recursos que não seguem. (AC 0127505-20.2010.8.19.0001, Des. José Carlos Paes, j. 15/06/2011, 14ª CC).

Na 2ª Câmara Cível:

SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA. Alegação de irregularidade do relógio medidor (TOI) confirmada pela prova pericial. Recuperação do consumo. Valor da concessionária muito superior ao encontrado pelo laudo pericial. Adoção do

valor apontado pela perícia. Cancelamento da diferença cobrada. Dano moral. Inocorrência. Ausência de ato ilícito. Débito pretérito. Impossibilidade de suspensão do fornecimento. Incidência do verbete nº 194, da Súmula deste Tribunal. Inversão dos ônus de sucumbência. Recurso provido em parte. (AC 0008174-55.2005.8.19.0054, Des. Carlos Eduardo Passos, j. 09/06/2011, 2ª CC).

Na 16ª Câmara Cível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER C/C INDENIZATÓRIA. SUSPENSÃO DO SERVIÇO. COBRANÇAS EXORBITANTES. DISPARIDADE COM A MÉDIA DO CONSUMO. INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO COM O PAGAMENTO DA TARIFA. TUTELA ANTECIPADA PARA O RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO. INDEFERIMENTO. A concretude do princípio da continuidade do serviço público depende, também, da justa remuneração do concessionário, prestador do serviço público e o inadimplemento do usuário é causa legal para a interrupção do serviço (art. 6º, § 3º, II da Lei 8987/95), afirmativas que, no entanto, não se sobrepõem ao princípio da dignidade da pessoa humana, com clara prevalência na hipótese, que trata de supressão de serviço público essencial de energia elétrica, cuja contraprestação está sendo questionada judicialmente. Aumento súbito em disparidade com a média de consumo do Agravante a partir da fatura de setembro de 2011, ensejando seu inadimplemento. Impossibilidade de manter a suspensão do serviço por débitos pretéritos. Precedentes do STJ. Inexistência de dano inverso já que a Agravada dispõe dos meios de cobrança ordinários de seu crédito, bem assim por se dispor o Agravante a depositar judicialmente o valor relativo à média de consumo. Decisão em confronto com a Jurisprudência do STJ e desta Corte. Provimento liminar parcial do agravo pelo Relator (art. 557, § 1º-A do CPC). (AI 0018477-86.2011.8.19.0000, Des. Mario Robert Mannheimer, j. 09/06/2011, 16ª CC).

E na 9ª Câmara Cível:

> AGRAVO INOMINADO. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPUTAÇÃO DE IRREGULARIDADE AO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA DE OBSERVAR A RESOLUÇÃO 456/2000 DA ANEEL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. DÉBITO PRETÉRITO. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. É lícito a concessionária promover a recuperação do consumo quando demonstrada a irregularidade em sua medição, ainda que não comprovada a responsabilidade do consumidor na prática lesiva. Incabível a suspensão do serviço com fundamento em débito pretérito, quando deixou de proceder na forma determinada nas Resoluções da ANEEL. Se a suspensão de serviço visa coagir moralmente o consumidor a se responsabilizar por suposta irregularidade e a assumir dívida passada, viola a norma protetiva do art. 42 do CDC. Dano moral configurado. Admoestação pedagógica. Consumo efetivo e não pago. Inibição do enriquecimento sem causa. Valor apurado de acordo com a metodologia legal. Valor do dano moral que deve ser igual ao valor do consumo passado, compensando e quitando-se os créditos entre si. Hipótese que se subsume ao disposto no art. 557, § 1º - A do CPC. Desprovimento do Agravo Inominado. (AC 0011528-82.2003.8.19.0014, Des. Rogério de Oliveira Souza, j. 07/06/2011, 9ª CC).

Em conclusão, o entendimento pacificado na Súmula 196 do TJRJ repetido incessantemente no STJ nada mais faz do que demonstrar que se por um lado o Poder Público, direta ou indiretamente, tem o dever legal de prestar os serviços essenciais de forma ininterrupta e eficiente, por outro têm os consumidores a obrigação de arcar com a contraprestação derivada da utilização de tais serviços o que, aliás, nada mais é do que a aplicação pura e direta do tão velho quanto relegado PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA.◆

SÚMULA Nº 199

"Não configura dano moral o simples aviso, ainda que sem amparo legal, de interrupção de serviço essencial, salvo em caso de comprovada repercussão externa".

Referência[60]

PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI BALDEZ
DESEMBARGADOR

A Constituição Federal, em seu art. 175, impõe ao Poder Público o dever de prestar serviços públicos, de forma direta ou indireta, deixando a regulamentação da matéria a cargo do legislador infraconstitucional.

Em obediência ao comando constitucional foi editada a Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e define regras sobre a adequação dos serviços, direitos e obrigações dos usuários, política tarifária, dentre outras normas, não havendo, no entanto, disposição específica sobre a caracterização do serviço essencial.

Na falta de legislação específica doutrina e jurisprudência se utilizam, analogicamente, da definição prevista na Lei 7.783/89, que elenca, em rol exemplificativo, os serviços e atividades considerados essenciais no que se refere ao exercício do direito de greve.

Assim é que, tendo como parâmetro os art. 10 e 11 da Lei 7.783/89, é possível conceituar, em apertada síntese, serviços essenciais como aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades básicas do indivíduo, verdadeiros pressupostos da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que tais serviços encontram-se intrinsecamente ligados ao direito fundamental à vida, em suas mais variadas manifestações.

No que toca aos serviços públicos o Estado Brasileiro optou, em larga escala, pela descentralização, estabelecendo inúmeras regras para a sua

60 Proc. no 2010-0261105. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

realização, com o fim de garantir a todos o acesso aos serviços considerados essenciais.

O art. 6º da Lei 8.987/95 estabelece a imperatividade da continuidade do serviço público, bem como as hipóteses nas quais a interrupção do serviço é válida, não sendo considerada descontinuidade:

> Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
>
> § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.
>
> § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
>
> I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
>
> II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Da simples leitura do artigo acima citado extrai-se a conclusão de que o aviso prévio é condição indispensável para a interrupção do serviço por razões de ordem técnica ou de segurança e por inadimplência do usuário, sendo esta a hipótese em que mais de perto interessa aos nossos comentários.

Em sendo assim, se a própria lei determina a expedição de aviso prévio de interrupção de serviço por inadimplemento do usuário, é patente que quando expedida a notificação com esse fim esta não poderá, por si só, gerar dano moral passível de ser reparado, salvo se o conteúdo do aviso extrapolar os limites estabelecidos em lei e, com isso, causar dano efetivo ao usuário, por indevida repercussão no meio social.

Tal conclusão decorre da lógica do próprio sistema, pois não se pode coibir – pelo viés pedagógico da condenação por danos morais – uma conduta que é legalmente prevista no ordenamento jurídico, qual seja, o prévio aviso para a legitimação da interrupção do serviço público prestado ao usuário.

Nesse sentido é a jurisprudência consolidada do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

> 0003526-25.2008.8.19.0087 - APELACAO - 1ª Ementa
>
> DES. LEILA MARIANO - Julgamento: 10/03/2011 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO ESSENCIAL. LEGALIDADE DO CORTE. COMUNICAÇÃO PRÉVIA REALIZADA NA PRÓPRIA CONTA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N° 83 DESTE TRIBUNAL. ALEGAÇÃO DE CONSUMO EXCESSIVO NÃO COMPROVADO. PERÍCIA REALIZADA NO MEDIDOR. CONSTATAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DEFEITO. DANO MORAL INEXISTENTE. Constatada a inadimplência do usuário ou o atraso por mais de 15 dias no pagamento da fatura, torna-se possível o corte no fornecimento de energia elétrica. Aviso da concessionária por duas vezes nas próprias faturas. Alegação de consumo excessivo não comprovada. Laudo pericial que não constatou anormalidade no funcionamento do medidor, encontrando-se o percentual de erro dentro do limite admitido pelo INMETRO. Diante da regularidade da cobrança e do inadimplemento do autor, tem-se por legítima a interrupção do serviço, com fulcro no inciso II do §3° do art. 6° da Lei 8.987/95. Inexistindo ato ilícito, não há que se falar em indenização por dano moral. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO.

Situação um pouco diversa, que acarreta discussão mais acentuada na doutrina e na jurisprudência, ocorre naquelas hipóteses nas quais a em-

presa prestadora do serviço público emite aviso de interrupção de serviços sem amparo legal, vale dizer, quando inexistem fatos legalmente considerados como autorizadores de eventual quebra da continuidade do serviço público essencial, como é o caso, por exemplo, da inadimplência por parte do consumidor.

Para ambas as hipóteses, ou seja, quando a notificação ocorre com ou sem amparo legal, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com o fito de dirimir controvérsias sobre a possibilidade de caracterização do dano moral em virtude de aviso de interrupção de serviços e visando também assegurar a uniformidade das decisões judiciais, editou o verbete nº 197 da Súmula de sua jurisprudência, *in verbis*:

> *Enunciado 199 – Não configura dano moral o simples aviso, ainda que sem amparo legal, de interrupção de serviço essencial, salvo em caso de comprovada repercussão externa.*

Do enunciado extrai-se a regra segundo a qual o simples aviso da interrupção do serviço não configura, em princípio, dano moral, o que se encontra em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, para o qual o dano efetivo é pressuposto da indenização, conforme se depreende das normas dos arts. 927 e seguintes do Código Civil e do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

De fato, é certo que a empresa concessionária tem o dever de prestar o serviço público de forma eficiente, não só por força do disposto no art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95, mas também por se tratar de fornecedor de serviço (art. 3º da Lei 8.078/90), sujeito à legislação consumerista, que dispõe, em seu art. 22, de forma expressa, sobre a necessária eficiência nas relações de consumo, e prevê como direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, nos termos do art. 6º, X, do Código de Defesa do Consumidor.

Por conseguinte, tem a concessionária, no exercício de suas atividades, o dever de se cercar das cautelas necessárias para que o consumidor não receba qualquer notificação indevida sobre a prestação dos serviços,

seja sobre débitos inexistentes, seja sobre possíveis interrupções sem amparo legal.

No entanto, eventual inobservância desse dever de eficiência não gera, por si só, a obrigação de indenizar, já que, como dito, o pressuposto fundamental da verba reparatória, mesmo em se tratando de responsabilidade objetiva, como *in casu*, é o dano.

Nesse sentido é a lição do eminente professor Sérgio CavalierI Filho[61]:

> *Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade de risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco-criado etc. –, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa (grifos nossos).*

E mais adiante preceitua o mestre que:

> *Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. Daí a afirmação, comum a praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar (grifos nossos).*

Por ser o dano pressuposto inafastável da indenização é que, em princípio, o mero aviso, nos termos do enunciado foco, não gera o dever de indenizar, sendo imprescindível a demonstração da lesão daí decorrente.

61 CAVALIERI FILHO. Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 8 ª ed., Ed. Atlas, 2008, p. 70.

Não se desconhece que, consoante a melhor doutrina, o dano moral existe *in re ipsa*, ou seja, ele surge com a mera prática do ilícito ou abuso do direito, estando ínsito na própria ofensa.

Porém, o recebimento de aviso de interrupção de serviço, em regra, representa quando muito mero aborrecimento, já que se trata de acontecimento rotineiro que sequer tem duração estendida no tempo, estando, portanto, fora da órbita do dano moral, até mesmo para evitar-se a banalização deste, com evidente prejuízo para aqueles realmente atingidos pela conduta culposa ou dolosa de outrem, ou mesmo independentemente de culpa, em se tratando de responsabilidade objetiva, como ocorre nas relações de consumo.

É assente na jurisprudência que o mero aborrecimento – categoria na qual se insere, em princípio, o desconforto eventualmente sofrido em razão da comunicação da interrupção do serviço, ainda que tal interrupção seja indevida – não caracteriza o dano justificador da indenização. A esse respeito, elucidativos são os precedentes que nortearam a edição do enunciado:

> APELAÇÃO CÍVEL nº 0001992-41.2009.8.19.0045 (L.Gab.).
>
> "OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SUCESSÃO EMPRESARIAL NÃO COMPROVADA. TROCA DE TITULARIDADE CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE DÉBITO ANTERIOR DO EX-LOCATÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. AMEAÇA DE SUSPENSÃO DO SERVIÇO, QUE NÃO CHEGA A CONCRETIZAR-SE. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL.
>
> Ação de obrigação de fazer proposta pelo 1º Apelante com o fito de obter a transferência da titularidade da conta de energia elétrica do imóvel comercial de sua propriedade para o seu nome, sem ter de arcar com o débito deixado por sua ex-locatária, bem como uma indenização por danos morais. Apelam ambas as partes da sentença que julgou procedente os pedidos, estando o inconformismo do Autor restrito ao montante da verba compensatória.

A Ré não logrou produzir nenhuma prova da alegada sucessão empresarial entre o Autor e sua ex-locatária, sendo certo que a sucessão empresarial somente se prova mediante documento, não podendo ser presumida, conforme pacífico entendimento jurisprudencial.

Não se discute o legítimo direito da concessionária de exigir a contraprestação pelo fornecimento da energia elétrica, desde que o faça perante o verdadeiro consumidor do serviço prestado, no caso, a empresa ex-locatária, em cujo nome se encontram as faturas não pagas. No caso dos autos, não houve corte no fornecimento de energia elétrica. Logo, não se justifica a condenação por dano moral com base no aborrecimento advindo da mera ameaça de interrupção do serviço.

"Recurso da Ré provido em parte, restando prejudicado o recurso do Autor, nos termos do voto do Desembargador Relator."

Apelação Cível nº 2009.001.26050

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. FALHA NOS MEDIDORES DE CONSUMO DE GÁS. TROCA DOS MEDIDORES. COBRANÇA DE DIFERENÇA DE CONSUMO. AMEAÇA DE INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DO SERVIÇO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. RECURSOS DAS PARTES. Relação de consumo existente entre a lanchonete e a concessionária de serviço público, sendo a parte autora destinatária final do produto fornecido pela Ré. Aplicação do CDC. Risco do empreendimento. Responsabilidade objetiva. Inexistência de prova do fato da vítima ou de terceiro. Ausência de pedido reconvencional de declaração de exigibilidade da dívida. Inocorrência dos danos morais. Inexistência de ofensa à imagem e credibilidade da pessoa jurídica. Mera ameaça de interrupção do fornecimento do serviço. Recurso adesivo prejudicado (2º apelo). Provimento parcial do 1º apelo.

É bem de ver que a orientação adotada pelo verbete sumular de nº 197 não deixa desprotegida a vítima do vício ou fato do serviço, nem tampouco nega vigências às normas de ordem pública veiculadas no Código de Defesa do Consumidor, o qual veda, no art. 42, *caput*, a exposição do consumidor inadimplente a qualquer tipo de constrangimento, de ridicularização ou ameaça por conta do exercício do direito de cobrança, norma essa que deve ser entendida ampliativamente para abarcar todas as comunicações expedidas em face do usuário consumidor.

Mas, ao revés, a ressalva expressa no verbete sumular em comento quanto à configuração do dano moral na hipótese de comprovada repercussão externa do aviso se encontra em perfeita harmonia com a norma do art. 42, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Além do mais, eventual aviso de interrupção do serviço por inadimplência é matéria inerente à vida privada do consumidor, direito fundamental nos termos do art. 5º, X, CRFB/88, não podendo a empresa concessionária, fora dos casos autorizados por lei, dar publicidade a tais fatos, e nem tampouco utilizar-se de tal expediente para constranger o usuário do serviço à quitação de eventual débito.

Assim, sempre que o expediente utilizado para a comunicação expuser de forma injusta e desproporcional a imagem ou o nome do consumidor ou, ainda, por qualquer outra forma, ofender sua credibilidade e respeitabilidade perante seus pares, nascerá para a entidade comunicante o dever reparatório.

Ou, em outras palavras, se o aviso de interrupção extrapola a esfera de privacidade do consumidor, causando-lhe desnecessário vexame, impõe-se o dever de indenizar por parte da empresa prestadora do serviço, ficando a cargo do julgador, no caso concreto, a verificação da ocorrência ou não da lesão, nos termos da ressalva contida na súmula.

Logo, eventual aviso de interrupção do serviço deve ser dado com a possível discrição, de forma clara e inequívoca, não podendo ser adotados expedientes que representem qualquer tipo de constrangimento moral, devendo o emitente tomar todas as cautelas a fim de evitar repercussão externa do comunicado, que deve ficar circunscrito à esfera privada do

consumidor, sob pena de, nessa hipótese, ficar caracterizado o dano moral, dando azo à conseqüente reparação.

Em conclusão, o verbete nº 197 da Súmula da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro veicula orientação referente à configuração do dano moral nas hipóteses de aviso prévio, com ou sem amparo legal, de interrupção de serviço essencial, fixando-se as seguintes premissas básicas:

> 1. O prestador de serviço pode livremente implementar a condição legal para a legítima interrupção do serviço essencial, qual seja, o prévio aviso.
>
> 2. Não configura dano moral o mero recebimento do aviso, ainda que sem amparo legal.
>
> 3. O dano moral, entretanto, restará configurado em caso de comprovada repercussão externa do aviso de interrupção dos serviços, expedido com ou sem amparo legal, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.

Por fim, é de se registrar que os enunciados das súmulas dos tribunais constituem importante fator de concretização da segurança jurídica que depende, também, da uniformização do entendimento jurisprudencial sobre determinada matéria, sendo certo que o verbete sumular de nº 197 da Súmula da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro consubstancia valioso mecanismo de prevenção do ajuizamento de ações judiciais desprovidas de amparo fático-jurídico, as quais buscam, não raro, o enriquecimento sem causa pela via da ação indenizatória.◆

SÚMULA Nº 204

"A inscrição em cadastro restritivo de crédito de devedor solidário de conta bancária conjunta, por dívida contraída isoladamente pelo outro correntista, configura dano moral".

Referência[62]

PEDRO FREIRE RAGUENET
DESEMBARGADOR

É sabido que tanto a lei quanto a jurisprudência vêm a reboque dos fatos cotidianos; aquela para disciplinar a aplicação destes às relações sociais, enquanto que esta atua no sentido de buscar uma melhor adequação da intenção do legislador ao que de comum se observa no interesse de dada sociedade.

Segue daí que e sem medo de errar, se pode dizer que o advento do verbete no. 202 da Súmula da Jurisprudência predominante deste Tribunal decorreram da constatação de conduta reiterada por parte das instituições financeiras da remessa do nome de todos os integrantes de conta corrente, conjunta, a cadastros restritivos de crédito, em caso de emissão de cheques sem a respectiva provisão de fundos, ainda que promovida exclusivamente por apenas um dos integrantes daquela.

Diante então da reiteração elevada de situações deste jaez é que veio a lume referido verbete em comento que e em realidade, fundou-se em duas premissas básicas, a saber: a primeira, decorrente do conceito da responsabilidade cambial e a segunda, decorrente do instituto da solidariedade civil.

Assim é que e em relação ao primeiro tópico, o mesmo tem sua gênese no art. 51 da Lei 7.357/85, quando diz que "todos os obrigados respondem solidariamente para com o portador do cheque".

62 Proc. no 2010-0261108. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

Ora, quando se fala acerca dos obrigados pela emissão da cártula está a se apontar (vide o contido no art. 47, I e II, da mesma lei) única e exclusivamente aqueles que tenham efetivamente ingressado no processo de confecção e circulação da mesma, seja na qualidade de emitentes, endossantes ou mesmo de seus avalistas – e só, nada mais.

Estas hipóteses, e aqui se entendendo como verdadeiros *numerus clausus*, impede que validamente se possa estender esta responsabilidade cambial a quaisquer outras pessoas que não tenham participado daquele ato até mesmo porque e a se conferir os temos da referida legislação, de se constatar que a mesma não prevê qualquer responsabilidade do co-titular da conta corrente pelos cheques emitidos pelo outro correntista.

Incabível então pretender que se possa aplicar uma "extensão" desta responsabilidade até mesmo diante da inexistência de solidariedade, vez que esta – agora nos exatos termos do art. 265 da lei civil em vigor - não pode ser objeto de presunção, senão de disposição expressa da lei (o que não ocorre) ou da vontade das partes.

Nota-se, por vezes, argumento falacioso no sentido de que este último tópico ("vontade das partes") estaria embutido nos contratos de adesão apresentados pelos bancos e, portanto, haveria uma "justificação" desta conduta.

Por evidente que este argumento não prospera por dois motivos: o primeiro, de natureza cível, propriamente falando, haja vista a que a co-titularidade de uma conta corrente em verdade se limita ao exercício de direitos referentes aos créditos nela existentes e às respectivas movimentações de responsabilidade de quem as fez.

Realmente, o instituto da co-titularidade da conta corrente limita-se ao exercício de direitos referentes aos créditos que nela existam, assim como – por óbvio – em relação às suas respectivas movimentações, e mais nada. Não há como se pretender estender a responsabilidade pela emissão de cheque sem provisão de fundos, da parte do co-titular que assim o fez, ao outro.

Sempre é conveniente apontar o fato de que tampouco se pode confundir a solidariedade ativa dos correntistas, que se verifica perante a instituição financeira e em relação aos valores porventura disponíveis, da responsabilidade decorrente de dívida contraída perante terceiro, individualmente por um dos titulares, face à emissão de cheque sem provisão de fundos.

Esta última, como é fácil de ver, se revela de natureza exclusiva daquele que apôs a sua assinatura no título, não se comunicando – obviamente – ao co-titular.

O segundo motivo é o fato de se ter contrato de adesão, verdadeiramente de "massa" e no qual o consumidor, verdadeiramente, não possui qualquer poder de negociação, situação esta que, por si mesma, já desvirtua e enfraquece qualquer posicionamento acerca do tema.

Ao final das contas, o consumidor, em sentido lato, tem que ser responsabilizado pelas condutas que assuma, mas não por uma espécie de responsabilidade "integral", aliás, não prestigiada pelo sistema jurídico em vigor, mas que se mostra ao gosto das instituições financeiras locais.

Como conseqüência do repúdio a este estado de coisas é que se diz da ocorrência de dano moral como derivada deste estado de coisas.

Já foi dito, linhas acima, que a solidariedade passiva não se presume, sendo de se acrescentar que o elemento de suporte para o justo envio do nome do consumidor a cadastros de inadimplentes seria, exatamente, existência de uma dívida.

Só que, como esta não existe – em relação ao não-emitente da referida cártula – se reconhece como incorreta qualquer conduta bancária deste tope.

Mais ainda, a exigência de prova de dano moral se satisfaz com a demonstração da existência de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes.[63]

63 Apud o contido no AgRg no Ag 634.288/MG, Rel. Min. CASTRO FILHO, Terceira Turma, DJ 10.09.2007. Confira-se, dentre outros, aquilo que vinha sendo decidido consoante o contido nos Resp. 336.632/ES, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ. 31.03.2003); REsp. 602.401/RS, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, DJ. 28.06.2004;

Realmente, a inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito ocasiona dano moral *in re ipsa*, sendo desnecessária a prova da ocorrência do mesmo, justamente por que não se reconhece a possibilidade de inscrição do nome do co-titular da conta, que não emitiu o cheque, nos cadastros de proteção ao crédito.

É evidente que não se está aqui a discutir a legitimidade de um dos titulares da conta conjunta para responder, em ação de cobrança, pelo débito decorrente da emissão de cheques que tenha sido promovida pelo mesmo; o que se excepciona é a flagrante ilegitimidade passiva daquele outro, não emitente da cártula e que, tão-pouco, possa ser entendido como garantidor daquela.

Desta maneira, em se tratando de conta conjunta, o co-titular detém apenas solidariedade ativa dos créditos perante a instituição financeira, sem responsabilidade pelos cheques emitidos pela outro correntista. Desta feita, revela-se indevida a inscrição do nome do recorrente nos órgãos de proteção ao crédito, na medida em que o débito tem origem em cheque não emitido pelo mesmo.

Isto, aliás, não se constitui qualquer novidade, senão orientação não recente por parte do E. STJ, no sentido de que

> "(...) A co-titularidade da conta limita-se à propriedade dos fundos comuns à sua movimentação, porém não tem o condão de transformar o outro correntista em co-devedor pelas dívidas assumidas pela emitente, ainda que cônjuge, pelas quais ela deve responder escoteiramente (...)". [64]

Vai daí que e com escusas pelo truísmo, de se aferir que a jurisprudência daquela Corte Superior já vem - e assim o faz desde há algum tempo

REsp. 13.680/SP, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, DJ. 15.09.1992 e REsp. 3.507/ES, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, DJ. 10.09.90.

64 Confira-se, dentre outros, aquilo que vinha sendo decidido consoante o contido nos Resp. 336.632/ES, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ. 31.03.2003); REsp. 602.401/RS, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, DJ. 28.06.2004; REsp. 13.680/SP, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, DJ. 15.09.1992 e REsp. 3.507/ES, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, DJ. 10.09.90.

- no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação desta conduta de respeito às não-responsabilidades assumidas por quem quer que seja.

Como já dito anteriormente, é evidente que as relações contratuais bancárias se desenvolvem em regime de escala, o que acresce a ocorrência da falha na prestação do serviço, pelo viés da relação de consumo e traz por desnecessária em casos como tais, que se faça a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se daria acaso se discutisse acerca do dano material.[65]

Estas, em resumo, as considerações que se tem e em relação à aplicação o verbete sumular em comento.◆

65 REsp 708.612/RO, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Quarta Turma, DJ de 26.06.2006.

SÚMULA Nº 205

"A limitação judicial de descontos decorrentes de mútuo bancário realizados por instituição financeira em conta-corrente, no índice de 30%, não enseja ao correntista o direito à devolução do que lhe foi antes cobrado acima do percentual, nem a conduta configura dano moral".

Referência[66]

JOÃO PAULO FERNANDES PONTES
DESEMBARGADOR

A Súmula nº 205 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem o seguinte teor:

O artigo 649 inciso IV do Código de Processo Civil diz que são absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios.

Portanto, se os salários, vencimentos, proventos de aposentadoria e pensões não podem ser apreendidos para amortização de dívida nem mesmo através de penhora, muito menos podem ser apreendidos diretamente pelo credor para amortização de dívida.

A Lei nº 10.820 de 2003, no seu artigo 6º, § 5º, permite a consignação em folha de pagamento, para amortização de dívida, de no máximo 30% do salário ou vencimento.

Conseqüentemente, não pode o réu reter mais do que 30% dos salários do autor, que são creditados na sua conta corrente, de modo que o réu deve sempre disponibilizar para o autor 70% dos valores dos seus salários que forem creditados na sua conta corrente.

Ressalte-se que, se não aplicássemos por analogia a norma do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 10.820 de 2003 no caso em questão, o réu não poderia reter nada do salário do autor para pagamento de dívidas, já que a norma

66 Proc. no 2010-0261108. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

cogente do artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, não permite a apreensão de salário para pagamento de dívidas.

A norma do artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil visa garantir a sobrevivência do devedor, já que o salário é uma verba alimentar, com a qual o devedor paga as suas despesas mais básicas e indispensáveis à sua sobrevivência, como alimentação, vestuário, moradia, remédios, etc., e esta norma foi suavizada pela norma do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 10.820 de 2003, que permitiu a retenção de 30% do salário do devedor para pagamento de dívidas.

Portanto, o banco deve, sempre que for creditado na conta corrente do autor o seu salário (ou vencimento ou benefício previdenciário), permitir que ele saque quantia equivalente a 70% do valor que foi creditado a título de salário (ou vencimento ou benefício previdenciário).

Não é nula a cláusula contratual que permite que as prestações do empréstimo sejam debitadas na conta corrente do mutuário, pois esta cláusula não coloca o mutuário em desvantagem exagerada, pelo contrário, ela é favorável ao mutuário, uma vez que facilita a vida dele, já que faz com que ele não precise se deslocar até a agência bancária para efetuar o pagamento, nem precise fazer o pagamento pela internet, já que o pagamento é feito automaticamente, através de débito em conta corrente, e assim se evita que o mutuário venha a atrasar o pagamento por esquecimento ou falta de tempo para efetuá-lo, e assim tenha que pagar multa e juros moratórios.

Também não é nula a cláusula contratual que não permite ao correntista efetuar saque quando a sua conta corrente está com saldo negativo, pois esta cláusula é perfeitamente justa, e não coloca o correntista em desvantagem exagerada, já que é óbvio que o correntista que está com saldo devedor não somente não pode sacar como deve depositar, a fim de pagar o seu débito para com o banco, e zerar o saldo da conta corrente.

Na hipótese de que trata a Súmula nº 205 do TJERJ, o que acontece é que o correntista recebe o seu salário (ou vencimento ou benefício previdenciário) mediante depósito na sua conta corrente bancária, e se endivida em demasia perante o banco, tomando empréstimo e/ou utilizando o

cheque especial, por vezes até mesmo além do seu limite de crédito, e por isso o saldo da sua conta corrente fica sempre negativo, mesmo após ser creditado o seu salário (ou vencimento ou benefício previdenciário), e em decorrência disso, de acordo com o contrato, não teria o direito de sacar nenhuma parte do seu salário (ou vencimento ou benefício previdenciário), mas a lei determina que, apesar disso, o banco disponibilize para o correntista 70% do seu salário (ou vencimento ou benefício previdenciário), conforme demonstrado acima.

Em tais casos, o banco comete ato ilícito ao não permitir que o correntista saque 70% do seu salário (ou vencimento ou benefício previdenciário), apesar de a sua conta corrente estar com saldo negativo, como determina a lei.

No entanto, não pode ser acolhido, em tais casos, o pedido do correntista, de condenação do banco a lhe pagar indenização por danos morais, porque o correntista também cometeu ato ilícito contra o banco, uma vez que não lhe pagou o que lhe deve, de modo que as partes cometeram atos ilícitos reciprocamente, uma contra a outra, pelo que o banco tem obrigação de indenizar o correntista e o correntista tem obrigação de indenizar o banco, de modo que estas obrigações se compensam e se anulam, e por isso nenhuma das partes tem obrigação de indenizar a outra.

Também não pode ser acolhido o pedido do correntista, de repetição do indébito, pois não houve pagamento de indébito, uma vez que o correntista devia ao banco todas as quantias que lhe pagou, já que o correntista contraiu empréstimo e/ou utilizou o cheque especial, por vezes até mesmo além do seu limite de crédito.◆

SÚMULA Nº 207

"A pretensão indenizatória decorrente de dano moral, deduzida com base em relação de consumo, ainda que fundada no vício do serviço, se sujeita ao prazo de prescrição qüinqüenal".

Referência[67]

MARIO ROBERT MANHEIMER
DESEMBARGADOR

A matéria tratada pela Súmula em comento decorreu do Enunciado nº 36, proposto pelo Centro de Estudos e Debates (CEDES) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizado no dia 30 de setembro de 2010, no Rio de Janeiro, objeto do Aviso 94/2010, publicado no DO em 05 e 06 de outubro de 2010.

A conversão do referido Enunciado no verbete nº 205 da Sumula de Jurisprudência deste Tribunal, objeto do Processo Administrativo nº 2010-0261109, da relatoria da Desembargadora Leila Mariano, foi aprovada, por unanimidade pelo Órgão Especial no julgamento realizado em 22 de novembro de 2010, nos termos do § 3º, do artigo 122 do Regimento Interno, introduzido pela Resolução nº 07, de 31/01/2011.

A divergência jurisprudencial que provocou a Uniformização resultou da dúvida quanto ao prazo para pleitear a indenização por perdas e danos decorrentes de defeitos e vícios de produtos e serviços previstos, ou seja, quando se aplica o prazo decadencial de 30 (trinta) ou 90 (noventa) dias, previsto no artigo 26, e quando o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, previsto no artigo 27, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Alguns julgados, interpretando o artigo 27 da Lei nº 8078/90, restringiram sua aplicação à reparação de danos decorrentes de "fato do produto ou do serviço" disciplinados na Seção II do Capítulo IV (art. 12 a 17 da Lei 8078/90), nele se inserindo a hipótese de vício de qualidade por inseguran-

67 Proc. no 2010-0261109. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

ça do produto ou do serviço, por força do disposto nos §§ 1ºs dos artigos 12 e 14 do referido diploma legal, segundo os quais o produto ou o serviço são defeituosos quando não oferecem a segurança que deles legitimamente se espera.

Por essa razão, parte da jurisprudência, embasada no tratamento diferenciado estabelecido pelo CDC para a responsabilidade por vício e a decorrente do fato do produto ou do serviço ("acidente de consumo"), orientou-se no sentido de que o artigo 27 somente cuidaria das hipóteses em que o produto trouxesse um vício intrínseco que potencializasse um acidente de consumo, sujeitando o consumidor a um risco iminente. Nesse sentido: REsp 114.473/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, STJ - QUARTA TURMA, julgado em 24/03/1997, DJ 05/05/1997, p. 17060.

Todavia, o entendimento majoritário ampliou o campo de aplicação da norma consumerista para aplicar o prazo de cinco anos em todas as hipóteses de danos resultantes da relação de consumo. Segundo essa orientação, "decorrido o prazo decadencial de 90 (noventa) dias previsto no art. 26, II, do CDC, não poderá o consumidor exigir do fornecedor do serviço as providências previstas no artigo 20 do mesmo Diploma – reexecução do serviço, restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço-, porém, a pretensão de indenização dos danos por ele experimentados pode ser ajuizada durante o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, porquanto rege a hipótese o artigo 27 do CDC". Assim, por exemplo, em relação a vícios ocorridos em um veículo, haveria o prazo decadencial de 90 (noventa) dias para reclamar e exigir a correção do vício e o prazo de cinco anos para a indenização por dano moral em razão da demora injustificada no conserto do veículo. Nesse sentido: REsp nº 683.809 - RS, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - 4ª TURMA, julgado em 20/04/2010 e AgRg no AI nº 1.013.943-RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador convocado do TJ/RJ), STJ – 3ª. TURMA, julgado em 21/09/2010.

A Súmula nº 207 consolida neste Tribunal de Justiça tal orientação no âmbito da responsabilidade por danos morais resultante de relação de consumo, de acordo com o precedente indicado no Enunciado nº 36 (Apelação Cível nº 2009.001.40737), convertido na Sumula em comento,

da Relatoria do Desembargador MALDONADO DE CARVALHO, julgado em 25/08/2009, pela 1ª. Câmara Cível deste Tribunal de Justiça. No referido julgado, considerou-se não ser o período qüinqüenal aplicável a todas as hipóteses em que se debate a responsabilidade pelo vício, quando o consumidor sofrer apenas danos patrimoniais, incidindo apenas quando resultarem conseqüências advindas do vício do produto ou do serviço, ou seja, dano reflexo, em ricochete ou indireto (*dano extra rem*), originando os danos morais.

Os julgados que nortearam o Enunciado convertido na Sumula em epígrafe, seguem a orientação doutrinaria de PAULO JORGE SCARTTEZZINI GUIMARÃES.

Em sua obra[68] o ilustre doutrinador cita o entendimento de PONTES DE MIRANDA no sentido de que as ações indenizatórias nascidas do vício "nada tem com a preclusão que a lei fixara para a redibição. É preciso que não se confunda prazo preclusivo para a pretensão à responsabilidade por vício do objeto com as pretensões que se irradiaram do exercício daquela pretensão". Dessa forma, haveria um prazo decadencial para o exercício do direito potestativo de reclamar pelos vícios apresentados e um prazo prescricional autônomo para a pretensão de indenização pelos danos sofridos. No mesmo sentido, LUCIANA PISU, com base na jurisprudência italiana, afirma existir uma relação de acessoriedade entre a ação indenizatória decorrente do vício e as ações edilícias, aplicando-se a todas elas o prazo previsto no artigo 1495 do *Códice Civile*.

Sustenta Scartezzini que a questão deve ser enfrentada com base na distinção entre dano *circa rem* e dano *extra rem,* o primeiro ligado diretamente ao vício do produto e do serviço no qual o prazo para a propositura da ação deveria observar os mesmos prazos das ações edilícias (redibitórias – rejeitar a coisa, com a restituição do preço e, estimatórias – reclamar abatimento proporcional do preço – e exigir a substituição da coisa, sujeitas, portanto, ao prazo decadencial – v. g. os decorrentes da diminuição ou perda do valor da coisa, os custos contratuais, a diferença de preço que

68 GUIMARÃES. Paulo Jorge Scartezzini. Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança. Cumprimento imperfeito do contrato. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 405.

o credor teve de suportar para adquirir, etc.- Nessas hipóteses, o ressarcimento dos valores desembolsados pelo vício ou a indenização dos prejuízos decorrentes da não utilização da coisa (danos emergentes e lucros cessantes), observaria o prazo das ações edilícias, posto que decorrentes diretamente da relação contratual.

O segundo, resultante de fatores alheios, externos ao vício, por isso *extra rem* "fora da coisa", ligados apenas de forma indireta ao cumprimento imperfeito - inclusive em relação ao dano moral -, estaria na esfera extracontratual e submetido a prazo prescricional, autônomo e independente. O autor sustenta que o prazo prescricional nos casos de dano *extra rem* seria de 05 (cinco) anos para as relações de consumo, quando envolverem acidente de consumo e de 03 (três) anos nas demais hipóteses. Vê-se assim que o doutrinador filia-se ao entendimento de que, apenas nas hipóteses em que há acidente de consumo, portanto, vício de qualidade decorrente da insegurança do produto ou do serviço, incidiria o prazo prescricional qüinqüenal, de forma que, havendo prejuízos sem afetar tais riscos, o prazo seria regido pelo Código Civil[69]. Essa também foi a orientação seguida pelo Desembargador Carlos Eduardo Fonseca Passos, Relator da Apelação Cível nº 2007.001.14420, julgada em 28/03/2007 pela 2ª. Câmara Cível, citada como precedente para a Elaboração do já citado Enunciado nº 36, convertido na Sumula 207, em epígrafe.

A Súmula 207 veio, pois, a consolidar a orientação nesse E. Tribunal de Justiça, no sentido de ampliar a incidência da norma disposta no artigo 27 do CDC para a pretensão indenizatória decorrente de dano moral deduzida com base em relação de consumo, ainda que fundada no vício do serviço ou do produto.◆

69 GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini, Idem, p. 410/411.

SÚMULA Nº 208

"Admissível chamamento ao processo da seguradora pelo fornecedor nas ações fundadas em relação de consumo".

Referência[70]

MARCOS BENTO DE SOUZA
DESEMBARGADOR

Inicialmente, cumpre ressaltar que a súmula em comento retrata a tendência jurisprudencial que já vinha se firmando no Colendo Superior Tribunal de Justiça e, também, no âmbito deste Egrégio Tribunal de Justiça.

O tema de o aludido verbete sumular diz respeito à análise da admissibilidade do chamamento ao processo da seguradora pelos fornecedores de produtos ou serviços, nos litígios que envolvam relação de consumo.

Muito se discutiu sobre a questão, havendo quem se posicionasse contrariamente à referida proposição, argumentando com um suposto prejuízo ao consumidor, porquanto esta modalidade de intervenção de terceiro – chamamento ao processo – visa beneficiar o réu, e, ainda, que se poderia, com isso, tumultuar o regular andamento do processo. Alguns até mesmo confundiam o chamamento ao processo com outra modalidade de intervenção de terceiros, qual seja, a denunciação da lide, que sofre restrições de cabimento nas ações que versem sobre relação de consumo, por imposição legal (artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor, que se refere ao art. 13, parágrafo único do aludido diploma legal).

É sabido que esta espécie de intervenção de terceiro (chamamento ao processo) se caracteriza por ser uma faculdade atribuída ao réu de fazer com que os demais coobrigados passem a integrar a relação processual, na qualidade de litisconsortes passivos. A finalidade do instituto consiste em sujeitar os outros coobrigados à autoridade da coisa julgada e, por essa ra-

70 Proc. no 2010-0261111. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

zão, o pagamento da dívida realizada por um deles irá lhe conceder o direito de reembolso em face dos demais, na proporção da respectiva cota-parte.

De origem portuguesa (artigos 330 a 333 do CPC português de 1967), o chamamento ao processo foi introduzido em nosso ordenamento pela Lei nº 5.869/73, que instituiu o Código de Processo Civil, em seus artigos 77 *usque* 80. Seu escopo é implementar a efetividade do processo, atento, evidentemente, ao postulado da economia processual.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) prevê, na ação de responsabilidade civil de fornecedor de produtos e serviços, a possibilidade de o réu chamar ao processo o seu segurador; todavia, para garantir a rapidez procedimental, proíbe a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Aliás, nos casos de falência do réu, a ação indenizatória poderá voltar-se diretamente em face do segurador, na forma do artigo 101, inciso II, do Estatuto Consumerista.

No escólio de Arruda Alvim[71], o artigo 101, inciso II, do CDC, veio dar ao consumidor maior garantia, e, por conseguinte, atender aos seus propósitos protetivos.

De fato, não se pode ignorar que o chamamento ao processo da seguradora aumenta a garantia do consumidor, ampliando o pólo passivo e a possibilidade de satisfação de seu crédito, no caso de êxito da demanda, motivo pelo qual o fornecedor se encontra autorizado a convocar, desde logo o segurador, para responder nos limites da cobertura securitária contratada, representando o exercício desta faculdade uma intervenção que atende aos princípios da efetividade do processo e da economia processual.

Em virtude da extrema importância dos aludidos princípios, a redação do artigo 280 do Código de Processo Civil foi alterada pela Lei nº 10.444, de 07.05.02, passando a ser admitida, no rito sumário, a intervenção de terceiro fundada em contrato de seguro, além da assistência e o recurso de terceiro prejudicado.

71 Arruda Alvim. Código do Consumidor Comentado, p. 456.

Esta alteração da norma processual acima indicada reflete a posição que já vinha se firmando no Colendo STJ, ainda sob a égide da redação primitiva do artigo 280, inciso I do CPC, conforme se verifica pela v. ementa abaixo transcrita:

> *PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. RITO SUMÁRIO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. SEGURADORA. POSSIBILIDADE. ART. 280, CPC. LEI N. 10.444/2002. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. I - Em interpretação teleológica, mesmo antes da vigência da Lei n. 10.444/2002, que alterou a redação do art. 280, CPC, já se mostrava admissível, no procedimento sumário, a intervenção de terceiro fundada em contrato de seguro. II - Com a vigência da nova lei, não há mais dúvida a respeito do tema.*
>
> *(EREsp 299084 / RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 06/10/2003 p. 201).*

Este Egrégio Tribunal de Justiça, na mesma linha do entendimento que restou consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, admite o chamamento ao processo da seguradora pelo fornecedor nas ações fundadas em relação de consumo.

A propósito, vale ressaltar que o Enunciado nº 07 do Encontro de Desembargadores das Câmaras Cíveis deste preclaro Tribunal de Justiça, publicado no Aviso TJ/RJ nº 94/2010, já se posicionava neste sentido, *verbis*:

> *"Admissível chamamento ao processo da seguradora pelo fornecedor nas ações fundadas em relação de consumo".*

Assim sendo, constata-se que o legislador, através do chamamento ao processo, objetivou conferir ao autor consumidor e, por isso, presumivelmente hipossuficiente, uma maior garantia, visando tornar efetivo o direito material postulado.

Neste contexto, concluo que o verbete em comento se encontra em perfeita sintonia com os princípios da efetividade do processo e da economia processual, além de representar o entendimento consolidado no conspícuo STJ e nesta Egrégia Corte de Justiça, merecendo, portanto, inteira adesão deste magistrado.◆

SÚMULA Nº 209

"Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial".

Referência[72]

MARIO DOS SANTOS PAULO
DESEMBARGADOR

Como se pode verificar nos sites de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Superior Tribunal de Justiça, há longos anos o Poder Judiciário vem sendo chamado a decidir conflitos, de diferentes origens, entre segurados de planos de saúde e as diversas empresas administradoras dos mesmos.

Infelizmente tornou-se rotina o comportamento empresarial, negando ou dificultando o atendimento aos necessitados dos serviços contratados, obrigando a interferência dos julgadores, através dos processos judiciais pertinentes, enfrentando teses bem elaboradas por renomados advogados.

Em um primeiro momento os causídicos tentaram afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações do gênero, entulhando o judiciário de demandas correspondentes. Esse tema acabou gerando sólida jurisprudência contrária à tese empresarial, estando, hoje, praticamente pacificado, a favor do consumidor.

Outro tema sempre defendido pelas empresas, dentre tantos, é a prevalência da cláusula contratual excluindo sua responsabilidade pela cobertura de órtese, presente em enxurrada de processos.

Mais uma vez não tiveram sucesso, e de tanto ser debatida a questão, este Tribunal de Justiça, já em 2006, aprovou a Súmula nº. 112, reflexo da maciça jurisprudência, nos seguintes termos:

72 Proc. no 2010-0261111. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

> "É nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como ´stent e marcapasso`".

Apesar da cristalina orientação sumular, as seguradoras continuam a defender seus argumentos, e, o que é pior, negam-se administrativamente a autorizar a cobertura, obrigando os interessados a bater às portas do Poder Judiciário, a qualquer hora do dia e da noite, já que, no nosso Estado, é mantido plantão judiciário permanente.

Outros tantos exemplos de recalcitrância empresarial poderiam ser lembrados, mas considero suficientes os elencados para abordar a Súmula 207, aceitando honroso convite que me foi formulado.

Aos poucos a Jurisprudência foi se inclinando pela concessão de verba indenizatória por dano moral, seguramente, no início, alavancada pelo caráter punitivo-pedagógico, visando desestimular os empresários renitentes de se manter na direção adotada, apegando-se a outra diretriz também sumulada neste Tribunal, sob o nº. 75, *verbis*:

> "O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstancia que atenta contra a dignidade da parte".

A parte final desta súmula, com o destaque da exceção, acabou por se tornar o ponto de partida na direção do acolhimento do dano moral, que desaguou na Súmula nº. 207, ora em comento.

Mire-se a decisão da Quarta Câmara Cível, em 17/02/2009, na Apelação Nº. 0195252-55.2008.8.19.0001, Relator Des. Reinaldo P. Aberto Filho, com a seguinte ementa:

> E M E N T A: Agravo Inominado previsto no art. 557 do C.P.C. Apelação Provida parcialmente por R. Decisão Monocrática do Relator. Obrigação de Fazer c.c. Indenização. GEAP. Plano de Saúde solicitando à segurada o prazo de 30 (trinta) dias

> para fornecer o serviço home care. I - Contrato de Plano de Saúde. Relação Consumerista que se mostra evidente. Parecer Médico datado de 22/07/08, atestando que a Autora é portadora de neoplasia de mama avançada e neuropatia por toxidade de tratamento quimioterápico, ficando restrita ao leito, necessitando de atendimento domiciliar com urgência.II - Apesar de não anexado aos autos, a Ré não nega que tenha firmado o contrato de saúde com a Autora, inclusive com cobertura para home care.III - Internação domiciliar que foi solicitada no dia 22/07/08 em papel timbrado da própria Apelante. Serviço disponibilizado apenas em 07/08/08, após a citação e intimação da Ré, ocorrida em 01/08/08.IV - O serviço de Home care é mais confortável, permitindo o paciente ficar próximo à família, além do que tem o escopo de evitar infecção hospitalar, bem como substituir ou reduzir o período de internação. O período compreendido entre o pedido de internação domiciliar e o atendimento pela Recorrente e, quiçá por força da concessão da tutela antecipada, não se mostrou proporcional e razoável.V - Hipótese dos autos excepcionando a regra de que o inadimplemento contratual não gera dano moral. Autora, com 73 (setenta e três) anos de idade, precisou se socorrer ao Judiciário para que a Empresa do Plano de Saúde cumprisse a avença, no concernente a autorização para o procedimento solicitado. Dano moral se mostrando evidente.VI - Razão alguma assiste ao Agravante. Redução da verba indenizatória que se realizou na forma determinada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, evitando-se enriquecimento sem causa das Partes. Manifesta procedência do Recurso que autoriza a aplicação do § 1°-A do art. 557 do C.P.C. Negado Provimento.

A passos largos a incidência do dano moral foi se afirmando e hoje está definitivamente encartada no nosso ordenamento, não se perdendo de vista, outrossim, a necessidade de análise casuística de cada situação.

A propósito, veja-se lapidar passagem da decisão do Ministro Sidnei Beneti, do STJ, no Recurso Especial nº. 1.172.778:

> "A jurisprudência desta Corte proclama que conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, é certo que a jurisprudência desta corte vem reconhecendo o direito a ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada".

Concluindo, diria que a edição da Súmula nº. 209 representa mais uma louvável iniciativa do nosso Tribunal, direcionando a melhor orientação a ser seguida por seus membros, assim como procurando desestimular as empresas a trilhar caminhos diversos.◆

SÚMULA Nº 210

"Para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade".

Referência[73]

CRISTINA TEREZA GAULIA
DESEMBARGADORA

Os verbetes sumulares supra referidos têm sua origem a partir de dois enunciados, com igual redação, aprovados em encontros de Desembargadores com competência em matéria cível, tendo sido publicados pelo Aviso 29/2010 do CEDES – Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A jurisprudência dominante, *in casu*, estabeleceu o comportamento que se espera do Judiciário diante das questões que envolvem a resistência das seguradoras de saúde, consideradas fornecedoras de serviços na forma do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor[74], à pretensão dos consumidores-segurados.

Tal uniformização se faz necessária, na medida em que, atualmente, são crescentes as demandas dos consumidores em face das seguradoras de saúde, tanto nas Varas Cíveis quanto nos Juizados Especiais Cíveis, onde já é possível identificar a existência de seguradora de saúde na lista das empresas mais acionadas, divulgada mensalmente por este Tribunal de Justiça na *internet*[75].

73 Proc. no 2010-0261111. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

74 Lei 8.078/90, art. 3°: "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

75 Link para consulta às empresas mais acionadas nos Juizados Especiais Cíveis: http://srv85.tjrj.jus.br/maisAcionadas/inicio.do

A súmula nº 210 traz o entendimento de que basta a prescrição médica, por escrito, da necessidade de internação, realização de procedimento cirúrgico ou tratamento, previstos no contrato de seguro de saúde, para que o magistrado defira a antecipação da tutela pretendida pelo segurado, autorizando a realização do procedimento indicado.

Descabida, portanto, a exigência pelo magistrado da produção de prova mais detalhada, ou de declaração de médico credenciado do SUS, acerca da necessidade do procedimento cirúrgico cogitado.

A verossimilhança de que trata o *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil[76], faz-se presente, portanto, sempre que o paciente apresentar indicação médica, por escrito, da necessidade de internação, cirurgia ou tratamento, devendo tão só estar o subscritor identificado de forma clara, constando o número do CRM e CPF.

Ademais, registre-se por essencial, que tais casos envolvem o direito fundamental à saúde, e, portanto, já trazem consigo o outro requisito para o deferimento da antecipação de tutela, qual seja, o *periculum in mora,* na medida em que a negativa por parte da seguradora de saúde, nesses casos, configura fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação à saúde do consumidor.

Conclui-se, pois, que a jurisprudência avançou no sentido de desburocratizar o sistema de prova da necessidade de cirurgia, internação ou tratamento pelos pacientes demandantes, afastando-se o argumento de necessidade, por exemplo, de produção de prova pericial (TJRJ. AI 2009.002.06746, 16ª. Câmara Cível)[77], ou de produção de outras provas

76 Código de Processo Civil, art. 273: "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu".

77 (TJRJ. AI nº 0004683-66.2009.8.19.0000 (2009.002.06746). DES. MIGUEL ANGELO BARROS - Julgamento: 09/06/2009 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL). PROCESSUAL CIVIL - PLANO DE SAÚDE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO - CONTRATO QUE EXCLUI O SISTEMA DE "HOME CARE" - DESPACHO QUE DEFERE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - NECESSIDADE DA USUÁRIA IDOSA - AGRAVO MANEJADO PELA RÉ - HIPÓTESE EM QUE A AGRAVADA ERA DEPENDENTE DO MARIDO E COM A MORTE DELE FOI INCLUÍDA GRATUITAMENTE NO PLANO DE EXPANSÃO ASSISTENCIAL PELO PRAZO DE CINCO ANOS, PRAZO ESSE EM VIAS DE EXPIRAR.1. Se a agravada (pessoa idosa e doente) precisa ou não de atendimento pelo sistema "home care"

documentais, como apresentação de exames complementares, indicação por mais de um profissional ou de indicação exclusivamente por médico vinculado ao Sistema Único de Saúde (TJRJ. AI 0003812-65.2011.8.19.0000, 15ª. Câmara Cível)[78].

Tal linha de entendimento, em última análise, reforça o direito de acesso à justiça, privilegia o direito à saúde e à vida, além de garantir a aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF/88) e da razoável duração do processo (art. 5º LXXVIII CF/88).

A súmula nº 211, por sua vez, estabelece que, surgindo divergência a respeito da técnica e/ou dos materiais a serem empregados em procedimento cirúrgico, a escolha cabe ao médico responsável, e não ao seguro saúde contratado.

é questão que não pode ser examinada em sede de Agravo de Instrumento, estando certo o ato do Juiz que acolheu a indicação médica e mandou o Plano de Saúde prestar o serviço, cabendo a avaliação da necessidade ou não a uma futura perícia médica. 2. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

78 (TJRJ. AI nº 0003812-65.2011.8.19.0000. DES. HELDA LIMA MEIRELES - Julgamento: 15/03/2011 – DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL). Agravo (art. 557, § 1º, do CPC). Agravo de Instrumento. Ação de obrigação de fazer. Decisão que defere a tutela antecipada, determinando a substituição do aparelho Botton de Gastrostomia, no prazo de 24 horas, sob pena de multa diária. Manutenção. Alegação do Município-réu de ausência de verossimilhança, aplicabilidade do princípio da reserva do possível, prazo exíguo para o cumprimento da obrigação, redução do valor da multa e de que os materiais/medicamentos devem ser pleiteados por médico da rede pública de saúde. Obrigação do Município de fornecimento de material e medicamento gratuito, independentemente de sua inclusão em lista oficial. A previsão orçamentária está sendo interpretada de forma singular, como se os casos individualizados tivessem que constar da previsão orçamentária, posto que como é de sabença o orçamento da parte ré é feito de maneira abstrata, assim, a gestão administrativa deve ser realizada para garantir a recuperação da saúde. Logo, não se pode invocar a má gestão administrativa, quando da previsão orçamentária, para elidir a obrigação que foi imposta pela Carta Magna. Súmula nº 65 - TJ/RJ - "Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela". As doenças graves não podem esperar pela vontade política dos governantes, nem ficar submisso o fornecimento de remédios e materiais imprescindíveis e urgentes a uma excessiva burocracia. Não cabe ao Judiciário, nem ao Poder Público, questionar se esse ou aquele material é o mais adequado, inviável submeter a matéria a restrições de listas de remédios e materiais fornecidos pelo SUS ou a que a receita provenha de médicos servidores públicos, pois, lamentavelmente, esperar pela medicina pública, pode levar a conseqüências extremas. O relatório ou atestado de médico, seja particular seja de serviço público, é documento bastante a comprovar a necessidade do aparelho, e, portanto, prova hábil a instruir a ação em questão. O prazo estabelecido não é exíguo, posto que a obrigação cinge-se apenas a entrega de aparelho com a máxima urgência para uma criança, que é imposta pela Constituição Federal e deve ser cumprida. No caso temos materializada uma grave violação ao princípio constitucional do direito à saúde, com o descumprimento, pela ré, na qualidade de gestora dos recursos financeiros do SUS, da obrigação de fornecimento dos materiais e medicamentos necessários à recuperação da saúde do autor, merecedor de reparação pela via judicial. Redução da multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixada pelo juízo monocrático, para o valor de R$ 1.000,00 (hum mil reais) diário. Agravo inominado desprovido. (grifos nossos).

Inicialmente, forçoso reconhecer que o profissional médico detém conhecimento do quadro clínico do seu paciente, do histórico particular deste - incluindo eventuais doenças pregressas e de base -, bem como de suas características pessoais (idade, eventuais alergias ou intolerâncias medicamentosas), tendo tido acesso aos exames pré-operatórios e de risco cirúrgico, possuindo, portanto, melhores condições para avaliar qual a técnica e quais os materiais necessários para o sucesso da intervenção cirúrgica (TJRJ. Ap. nº 0015316-74.2007.8.19.0205 (2008.001.56272), 4ª. Câmara Cível)[79].

Da mesma forma, de acordo com o Novo Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1931/2009), em vigor a partir de 13/04/2010, deve ser garantida ao profissional médico a autonomia no exercício de suas funções, na medida em que este tem o dever de utilizar o melhor progresso científico em benefício do paciente, e o compromisso de renunciar às restrições que possam prejudicar a eficiência de seu trabalho, *verbis:*

> *"V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.*
>
> *VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho".*

Destarte, não se pode olvidar que sobre o profissional médico poderá recair a responsabilidade subjetiva de que trata o § 4º do art. 14 do Códi-

79 (TJRJ. Apelação nº 0015316-74.2007.8.19.0205 (2008.001.56272). DES. MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA - Julgamento: 24/03/2009 - QUARTA CÂMARA CÍVEL). Recusa do plano de saúde em cobrir material médico - prótese - de maior custo para cirurgia de hérnia de disco. Ninguém melhor do que o médico para averiguar a qualidade do material a ser utilizado no ato cirúrgico que irá realizar, visando o sucesso do tratamento ministrado. Correta a sentença que julgou procedente o pedido no tocante à cobertura do material indicado pelo médico. Descabimento do dano moral na espécie, em que pese a larga divergência jurisprudencial. A insurgência do Plano de Saúde se vinculou, tão somente, ao preço do material, se nacional ou importado, mas não à negativa de cobertura. Buscou o plano de saúde prevalecer seus interesses custeando material com um custo mais módico, porém não inservível. Ao meu sentir, tal conflito de interesses é inerente às mais diversas relações contratuais e não tem o condão de gerar dano moral. Provimento parcial do recurso para afastar o dano moral, invertidos os ônus sucumbenciais. (grifos nossos).

go de Defesa do Consumidor[80] caso a cirurgia não seja bem sucedida, e comprove o consumidor a presença do elemento culpa nas modalidades imperícia, imprudência ou negligência.

Registre-se que a prestação de serviços de assistência à saúde, pela própria natureza do fim a que se destinam, deve primar por padrão de qualidade-segurança e de qualidade-adequação (inteligência do art. 4º, inc. II, alínea "d" c/c art. 8º do Código de Defesa do Consumidor[81]), devendo ser implementada de forma a não permitir que se rompa o vínculo de confiança que se estabelece entre os parceiros, evitando portanto frustrar as legítimas expectativas do consumidor.

Sobre o tema, veja-se a precisa lição do Ministro Antônio Herman Benjamin:

> *"O certo é que a noção de adequação dos bens de consumo há que ser buscada no outro pólo da relação jurídica de consumo. Está ela atada à noção de expectativa legítima do consumidor. Produto inadequado, por conseguinte, é aquele que não está adequado para os fins ordinários para os quais foi adquirido. Pelo que se vê, a adequação, assim como toda a questão da qualidade, da qual é um dado (o outro é a segurança), não é um traço exclusivamente intrínseco ao bem. Ao revés, configura-se como uma relação entre o bem e o seu destinatário, entre o bem e a expectativa legítima do consumidor" (in "Comentários ao Código de Proteção do Consumidor", Coord. Juarez de Oliveira, Saraiva, 1991, pg. 99).*

80 CDC, art. 14, § 4°: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

81 CDC, art. 4º: "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)
II - (...) "d": pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho".
CDC, art. 8º: "Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito".

In casu, o questionamento formulado pelas seguradoras de saúde em relação à técnica e aos materiais solicitados pelo profissional médico implica em quebra das legítimas expectativas do consumidor, na medida em que as fornecedoras se pautam exclusivamente em razões financeiras para a substituição das técnicas e materiais solicitados, porém, têm o dever de prestar assistências amplas ao segurado, custeando os serviços médicos a que este tem direito, sem limite financeiro, na forma do inciso I do art. 1ºda Lei 9656/98, *verbis:*

> *"Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado,* ***com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde,*** *pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor".*

Com base nos fundamentos acima alinhavados, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo que é abusiva a conduta da seguradora de saúde que recusa o fornecimento do material prescrito pelo médico, ou a aplicação da técnica cirúrgica por este recomendada, subsumindo-se a hipótese ao art. 51, IV, § 1º, II do Código de Defesa do Consumidor, *verbis:*

> *CDC, art. 51: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*
>
> *(...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;*
>
> *§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:*

(...) II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual".

Nesse sentido, refiram-se os arestos a seguir colacionados:

Direito do Consumidor. Plano de saúde. Fornecimento de material para cirurgia. Divergência entre o material requisitado pelo médico e o oferecido pelo plano de saúde. Prevalência, em regra, do primeiro. Danos morais configurados. Manutenção do valor da indenização. Apelação desprovida.1. Em havendo divergência entre o médico assistente e o plano de saúde quanto ao material a ser utilizado em cirurgia, deve, salvo abuso, prevalecer a indicação do profissional.2. A recusa do plano de saúde em custear material necessário à realização de cirurgia ofende a dignidade do consumidor, causando-lhe danos morais.3. Valor indenizatório que se mantém, porquanto adequado aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se a idade do apelado.4. Apelação a que se nega provimento.

(TJRJ. Apelação nº 0083710-37.2005.8.19.0001. DES. HORACIO S RIBEIRO NETO - Julgamento: 10/08/2010 - QUINTA CÂMARA CÍVEL).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. AUTORIZAÇÃO PARA PROCEDIMENTO MÉDICO. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA DE URGÊNCIA. ARTODESE DE COLUNA VIA ANTERIOR OU PÓSTERO LATERAL. HÉRNIA DISCAL NÍVEL C6-C7 E DESCOMPRESSÃO MEDULAR. UTILIZAÇÃO DE PRÓTESE MÓVEL PRODISC "C". RECUSA DA OPERADORA DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA MÉDICA QUANTO AO TRATAMENTO NECESSÁRIO. PRÁTICA ABUSIVA EM DETRIMENTO DO CONSUMIDOR. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. REPARAÇÃO INDENIZATÓRIA QUE SE IMPÕE. Tendo a consumidora aderido a contrato de plano de saúde com integral cobertura do tratamento do qual necessita, consoante parecer médico, mormente em se tratando de cirurgia de urgência, não pode a operadora do serviço recusar-se a autorizar o procedimento ou a utilização

do material necessário, sob o argumento de divergência médica, que indicaria tratamento diverso, com certeza, menos oneroso à empresa prestadora de serviços médicos. A conduta da ré atenta contra o princípio da boa-fé objetiva, na medida em que contraria o fim primordial do contrato, que é a proteção da saúde do segurado, frustrando a confiança e a legítima expectativa depositada pelo mesmo ao longo do tempo de vigência do contrato, de receber o atendimento médico que se mostrar necessário. A negativa do tratamento necessário, em momento já de intenso sofrimento físico e psicológico, é hábil a gerar um agravamento à situação da paciente, causando-lhe angústia, aflição e um maior desequilíbrio ao seu estado, dor moral que urge, necessariamente, a devida reparação indenizatória pelos danos infligidos. Conhecimento dos recursos para negar seguimento ao primeiro e dar provimento ao segundo, na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

(TJRJ. Apelação nº 0099722-24.2008.8.19.0001. DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 17/05/2010 - NONA CÂMARA CÍVEL).

AGRAVO INTERNO. Plano de saúde. Recusa da agravante a fornecer o material específico necessário para tratamento cirúrgico. Decisão monocrática do relator, que negou seguimento ao apelo principal, interposto pela ré, e deu parcial provimento ao adesivo, interposto pelo autor, para majorar a verba reparatória de dano moral, de R$ 4.000,00 para R$ 10.000,00, mantida a sentença quanto à condenação da ré, aqui agravante, a custear a realização da cirurgia e de todo o material necessário. Havendo divergência entre a administradora do seguro saúde contratado e o médico responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico (Enunciado nº 24, da jurisprudência predominante deste TJRJ, veiculada pelo Aviso nº 94/10). Ofensa a direito da personalidade, gerando direito compensatório de dano

> *moral (verbete 75, da Súmula do TJRJ, segunda parte). Verba fixada de modo a consultar a razoabilidade e a proporcionalidade. Agravo a que se nega provimento.*
>
> (TJRJ. Apelação nº 0192148-89.2007.8.19.0001. DES. JESSE TORRES - Julgamento: 16/02/2011 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL).

Os verbetes em questão se complementam e traduzem, portanto, o necessário e indispensável cuidado com a defesa dos direitos fundamentais do consumidor-vulnerável e com a efetividade e celeridade das decisões jurisdicionais, regras determinantes e essenciais do nosso sistema normativo civil-constitucional.◆

SÚMULA Nº 211

"Havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização".

Referência[82]

CRISTINA TEREZA GAULIA
DESEMBARGADORA

Os verbetes sumulares supra referidos têm sua origem a partir de dois enunciados, com igual redação, aprovados em encontros de Desembargadores com competência em matéria cível, tendo sido publicados pelo Aviso 29/2010 do CEDES – Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A jurisprudência dominante, *in casu*, estabeleceu o comportamento que se espera do Judiciário diante das questões que envolvem a resistência das seguradoras de saúde, consideradas fornecedoras de serviços na forma do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor[83], à pretensão dos consumidores-segurados.

Tal uniformização se faz necessária, na medida em que, atualmente, são crescentes as demandas dos consumidores em face das seguradoras de saúde, tanto nas Varas Cíveis quanto nos Juizados Especiais Cíveis, onde já é possível identificar a existência de seguradora de saúde na lista das empresas mais acionadas, divulgada mensalmente por este Tribunal de Justiça na *internet*[84].

82 Proc. no 2010-0261111. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

83 Lei 8078/90, art. 3°: "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

84 Link para consulta às empresas mais acionadas nos Juizados Especiais Cíveis: http://srv85.tjrj.jus.br/maisAcionadas/inicio.do

A súmula nº 210 traz o entendimento de que basta a prescrição médica, por escrito, da necessidade de internação, realização de procedimento cirúrgico ou tratamento, previstos no contrato de seguro de saúde, para que o magistrado defira a antecipação da tutela pretendida pelo segurado, autorizando a realização do procedimento indicado.

Descabida, portanto, a exigência pelo magistrado da produção de prova mais detalhada, ou de declaração de médico credenciado do SUS, acerca da necessidade do procedimento cirúrgico cogitado.

A verossimilhança de que trata o *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil[85], faz-se presente, portanto, sempre que o paciente apresentar indicação médica, por escrito, da necessidade de internação, cirurgia ou tratamento, devendo tão só estar o subscritor identificado de forma clara, constando o número do CRM e CPF.

Ademais, registre-se por essencial, que tais casos envolvem o direito fundamental à saúde, e, portanto, já trazem consigo o outro requisito para o deferimento da antecipação de tutela, qual seja, o *periculum in mora,* na medida em que a negativa por parte da seguradora de saúde, nesses casos, configura fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação à saúde do consumidor.

Conclui-se, pois, que a jurisprudência avançou no sentido de desburocratizar o sistema de prova da necessidade de cirurgia, internação ou tratamento pelos pacientes demandantes, afastando-se o argumento de necessidade, por exemplo, de produção de prova pericial (TJRJ. AI 2009.002.06746, 16ª. Câmara Cível)[86], ou de produção de outras provas

85 Código de Processo Civil, art. 273: "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu".

86 (TJRJ. AI nº 0004683-66.2009.8.19.0000 (2009.002.06746). DES. MIGUEL ANGELO BARROS - Julgamento: 09/06/2009 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL). PROCESSUAL CIVIL - PLANO DE SAÚDE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO - CONTRATO QUE EXCLUI O SISTEMA DE "HOME CARE" - DESPACHO QUE DEFERE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - NECESSIDADE DA USUÁRIA IDOSA - AGRAVO MANEJADO PELA RÉ - HIPÓTESE EM QUE A AGRAVADA ERA DEPENDENTE DO MARIDO E COM A MORTE DELE FOI INCLUÍDA GRATUITAMENTE NO PLANO DE EXPANSÃO ASSISTENCIAL PELO PRAZO DE CINCO ANOS, PRAZO ESSE EM VIAS DE EXPIRAR.1. Se a agravada (pessoa idosa e doente) precisa ou não de atendimento pelo sistema "home care"

documentais, como apresentação de exames complementares, indicação por mais de um profissional ou de indicação exclusivamente por médico vinculado ao Sistema Único de Saúde (TJRJ. AI 0003812-65.2011.8.19.0000, 15ª. Câmara Cível)[87].

Tal linha de entendimento, em última análise, reforça o direito de acesso à justiça, privilegia o direito à saúde e à vida, além de garantir a aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF/88) e da razoável duração do processo (art. 5º LXXVIII CF/88).

A súmula nº 211, por sua vez, estabelece que, surgindo divergência a respeito da técnica e/ou dos materiais a serem empregados em procedimento cirúrgico, a escolha cabe ao médico responsável, e não ao seguro saúde contratado.

é questão que não pode ser examinada em sede de Agravo de Instrumento, estando certo o ato do Juiz que acolheu a indicação médica e mandou o Plano de Saúde prestar o serviço, cabendo a avaliação da necessidade ou não a uma futura perícia médica. 2. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

87 (TJRJ. AI nº 0003812-65.2011.8.19.0000. DES. HELDA LIMA MEIRELES - Julgamento: 15/03/2011 – DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL). Agravo (art. 557, § 1º, do CPC). Agravo de Instrumento. Ação de obrigação de fazer. Decisão que defere a tutela antecipada, determinando a substituição do aparelho Botton de Gastrostomia, no prazo de 24 horas, sob pena de multa diária. Manutenção. Alegação do Município-réu de ausência de verossimilhança, aplicabilidade do princípio da reserva do possível, prazo exíguo para o cumprimento da obrigação, redução do valor da multa e de que os materiais/medicamentos devem ser pleiteados por médico da rede pública de saúde. Obrigação do Município de fornecimento de material e medicamento gratuito, independentemente de sua inclusão em lista oficial. A previsão orçamentária está sendo interpretada de forma singular, como se os casos individualizados tivessem que constar da previsão orçamentária, posto que como é de sabença o orçamento da parte ré é feito de maneira abstrata, assim, a gestão administrativa deve ser realizada para garantir a recuperação da saúde. Logo, não se pode invocar a má gestão administrativa, quando da previsão orçamentária, para elidir a obrigação que foi imposta pela Carta Magna. Súmula nº 65 - TJ/RJ - "Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela". As doenças graves não podem esperar pela vontade política dos governantes, nem ficar submisso o fornecimento de remédios e materiais imprescindíveis e urgentes a uma excessiva burocracia. Não cabe ao Judiciário, nem ao Poder Público, questionar se esse ou aquele material é o mais adequado, inviável submeter a matéria a restrições de listas de remédios e materiais fornecidos pelo SUS ou a que a receita provenha de médicos servidores públicos, pois, lamentavelmente, esperar pela medicina pública, pode levar a conseqüências extremas. O relatório ou atestado de médico, seja particular seja de serviço público, é documento bastante a comprovar a necessidade do aparelho, e, portanto, prova hábil a instruir a ação em questão. O prazo estabelecido não é exíguo, posto que a obrigação cinge-se apenas a entrega de aparelho com a máxima urgência para uma criança, que é imposta pela Constituição Federal e deve ser cumprida. No caso temos materializada uma grave violação ao princípio constitucional do direito à saúde, com o descumprimento, pela ré, na qualidade de gestora dos recursos financeiros do SUS, da obrigação de fornecimento dos materiais e medicamentos necessários à recuperação da saúde do autor, merecedor de reparação pela via judicial. Redução da multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixada pelo juízo monocrático, para o valor de R$ 1.000,00 (hum mil reais) diário. Agravo inominado desprovido. (grifos nossos).

Inicialmente, forçoso reconhecer que o profissional médico detém conhecimento do quadro clínico do seu paciente, do histórico particular deste - incluindo eventuais doenças pregressas e de base -, bem como de suas características pessoais (idade, eventuais alergias ou intolerâncias medicamentosas), tendo tido acesso aos exames pré-operatórios e de risco cirúrgico, possuindo, portanto, melhores condições para avaliar qual a técnica e quais os materiais necessários para o sucesso da intervenção cirúrgica (TJRJ. Ap. nº 0015316-74.2007.8.19.0205 (2008.001.56272), 4ª. Câmara Cível)[88].

Da mesma forma, de acordo com o Novo Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1931/2009), em vigor a partir de 13/04/2010, deve ser garantida ao profissional médico a autonomia no exercício de suas funções, na medida em que este tem o dever de utilizar o melhor progresso científico em benefício do paciente, e o compromisso de renunciar às restrições que possam prejudicar a eficiência de seu trabalho, *verbis:*

> *"V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.*
>
> *VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho".*

Destarte, não se pode olvidar que sobre o profissional médico poderá recair a responsabilidade subjetiva de que trata o § 4º do art. 14 do Código de

88 (TJRJ. Apelação nº 0015316-74.2007.8.19.0205 (2008.001.56272). DES. MÔNICA TOLLEDO DE OLIVEIRA - Julgamento: 24/03/2009 - QUARTA CÂMARA CÍVEL). Recusa do plano de saúde em cobrir material médico - prótese - de maior custo para cirurgia de hérnia de disco. Ninguém melhor do que o médico para averiguar a qualidade do material a ser utilizado no ato cirúrgico que irá realizar, visando o sucesso do tratamento ministrado. Correta a sentença que julgou procedente o pedido no tocante à cobertura do material indicado pelo médico. Descabimento do dano moral na espécie, em que pese a larga divergência jurisprudencial. A insurgência do Plano de Saúde se vinculou, tão somente, ao preço do material, se nacional ou importado, mas não à negativa de cobertura. Buscou o plano de saúde prevalecer seus interesses custeando material com um custo mais módico, porém não inservível. Ao meu sentir, tal conflito de interesses é inerente às mais diversas relações contratuais e não tem o condão de gerar dano moral. Provimento parcial do recurso para afastar o dano moral, invertidos os ônus sucumbenciais. (grifos nossos).

Defesa do Consumidor[89] caso a cirurgia não seja bem sucedida, e comprove o consumidor a presença do elemento culpa nas modalidades imperícia, imprudência ou negligência.

Registre-se que a prestação de serviços de assistência à saúde, pela própria natureza do fim a que se destinam, deve primar por padrão de qualidade-segurança e de qualidade-adequação (inteligência do art. 4º, inc. II, alínea "d" c/c art. 8º do Código de Defesa do Consumidor[90]), devendo ser implementada de forma a não permitir que se rompa o vínculo de confiança que se estabelece entre os parceiros, evitando portanto frustrar as legítimas expectativas do consumidor.

Sobre o tema, veja-se a precisa lição do Ministro Antônio Herman Benjamin:

> *"O certo é que a noção de adequação dos bens de consumo há que ser buscada no outro pólo da relação jurídica de consumo. Está ela atada à noção de expectativa legítima do consumidor. Produto inadequado, por conseguinte, é aquele que não está adequado para os fins ordinários para os quais foi adquirido. Pelo que se vê, a adequação, assim como toda a questão da qualidade, da qual é um dado (o outro é a segurança), não é um traço exclusivamente intrínseco ao bem. Ao revés, configura-se como uma relação entre o bem e o seu destinatário, entre o bem e a expectativa legítima do consumidor" (in "Comentários ao Código de Proteção do Consumidor", Coord. Juarez de Oliveira, Saraiva, 1991, pg. 99).*

89 CDC, art. 14, § 4º: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

90 CDC, art. 4º: "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)
II - (...) "d": pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho".
CDC, art. 8º: "Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito".

In casu, o questionamento formulado pelas seguradoras de saúde em relação à técnica e aos materiais solicitados pelo profissional médico implica em quebra das legítimas expectativas do consumidor, na medida em que as fornecedoras se pautam exclusivamente em razões financeiras para a substituição das técnicas e materiais solicitados, porém, têm o dever de prestar assistências amplas ao segurado, custeando os serviços médicos a que este tem direito, sem limite financeiro, na forma do inciso I do art. 1ºda Lei 9656/98, *verbis:*

> *"Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado,* ***com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde,*** *pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor".*

Com base nos fundamentos acima alinhavados, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo que é abusiva a conduta da seguradora de saúde que recusa o fornecimento do material prescrito pelo médico, ou a aplicação da técnica cirúrgica por este recomendada, subsumindo-se a hipótese ao art. 51, IV, § 1º, II do Código de Defesa do Consumidor, *verbis:*

> CDC, art. 51: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> *(...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;*
>
> *§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:*

(...) II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual".

Nesse sentido, refiram-se os arestos a seguir colacionados:

Direito do Consumidor. Plano de saúde. Fornecimento de material para cirurgia. Divergência entre o material requisitado pelo médico e o oferecido pelo plano de saúde. Prevalência, em regra, do primeiro. Danos morais configurados. Manutenção do valor da indenização. Apelação desprovida.1. Em havendo divergência entre o médico assistente e o plano de saúde quanto ao material a ser utilizado em cirurgia, deve, salvo abuso, prevalecer a indicação do profissional.2. A recusa do plano de saúde em custear material necessário à realização de cirurgia ofende a dignidade do consumidor, causando-lhe danos morais.3. Valor indenizatório que se mantém, porquanto adequado aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se a idade do apelado.4. Apelação a que se nega provimento.

(TJRJ. Apelação nº 0083710-37.2005.8.19.0001. DES. HORACIO S RIBEIRO NETO - Julgamento: 10/08/2010 - QUINTA CÂMARA CÍVEL).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. AUTORIZAÇÃO PARA PROCEDIMENTO MÉDICO. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA DE URGÊNCIA. ARTODESE DE COLUNA VIA ANTERIOR OU PÓSTERO LATERAL. HÉRNIA DISCAL NÍVEL C6-C7 E DESCOMPRESSÃO MEDULAR. UTILIZAÇÃO DE PRÓTESE MÓVEL PRODISC "C". RECUSA DA OPERADORA DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA MÉDICA QUANTO AO TRATAMENTO NECESSÁRIO. PRÁTICA ABUSIVA EM DETRIMENTO DO CONSUMIDOR. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. REPARAÇÃO INDENIZATÓRIA QUE SE IMPÕE. Tendo a consumidora aderido a contrato de plano de saúde com integral cobertura do tratamento do qual necessita, consoante parecer médico, mormente em se tratando de cirurgia de urgência, não pode a operadora do serviço recusar-se a autorizar o procedimento ou a utilização

do material necessário, sob o argumento de divergência médica, que indicaria tratamento diverso, com certeza, menos oneroso à empresa prestadora de serviços médicos. A conduta da ré atenta contra o princípio da boa-fé objetiva, na medida em que contraria o fim primordial do contrato, que é a proteção da saúde do segurado, frustrando a confiança e a legítima expectativa depositada pelo mesmo ao longo do tempo de vigência do contrato, de receber o atendimento médico que se mostrar necessário. A negativa do tratamento necessário, em momento já de intenso sofrimento físico e psicológico, é hábil a gerar um agravamento à situação da paciente, causando-lhe angústia, aflição e um maior desequilíbrio ao seu estado, dor moral que urge, necessariamente, a devida reparação indenizatória pelos danos infligidos. Conhecimento dos recursos para negar seguimento ao primeiro e dar provimento ao segundo, na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

(TJRJ. Apelação nº 0099722-24.2008.8.19.0001. DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 17/05/2010 - NONA CÂMARA CÍVEL).

AGRAVO INTERNO. Plano de saúde. Recusa da agravante a fornecer o material específico necessário para tratamento cirúrgico. Decisão monocrática do relator, que negou seguimento ao apelo principal, interposto pela ré, e deu parcial provimento ao adesivo, interposto pelo autor, para majorar a verba reparatória de dano moral, de R$ 4.000,00 para R$ 10.000,00, mantida a sentença quanto à condenação da ré, aqui agravante, a custear a realização da cirurgia e de todo o material necessário. Havendo divergência entre a administradora do seguro saúde contratado e o médico responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico (Enunciado nº 24, da jurisprudência predominante deste TJRJ, veiculada pelo Aviso nº 94/10). Ofensa a direito da personalidade, gerando direito compensatório de dano moral (verbete 75, da Súmula do TJRJ, segunda parte). Verba fixada de modo a con-

> sultar a razoabilidade e a proporcionalidade. Agravo a que se nega provimento.
>
> (TJRJ. Apelação nº 0192148-89.2007.8.19.0001. DES. JESSE TORRES - Julgamento: 16/02/2011 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL).

Os verbetes em questão se complementam e traduzem, portanto, o necessário e indispensável cuidado com a defesa dos direitos fundamentais do consumidor-vulnerável e com a efetividade e celeridade das decisões jurisdicionais, regras determinantes e essenciais do nosso sistema normativo civil-constitucional.◆

SÚMULA Nº 212

"A rescisão do contrato de seguro, por mora do segurado, depende de prévia notificação, permitida a dedução do prêmio não pago do montante indenizatório".

Referência[91]

LUÍSA CRISTINA BOTTREL SOUZA
DESEMBARGADORA

A definição do contrato de seguro é dada pelo art. 757 do Código Civil. Através dele, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados.

Em resumo, o contrato de seguro é um contrato de garantia contra riscos previstos. Mediante o pagamento da contribuição prometida, o segurador garante ao segurado a cobertura de eventuais prejuízos, caso venha a ocorrer o fato previsto no contrato, o sinistro.

Por isso, pode-se dizer que, a par de sua natureza aleatória – porque não se sabe de antemão qual das partes obterá a vantagem ou sofrerá o prejuízo, não havendo, outrossim, correspondência entre o objeto da prestação do segurado com o valor que o segurador está sujeito a satisfazer, caso se verifique o evento previsto na apólice – o contrato de seguro é oneroso, porque encerra benefícios, e sacrifícios, para ambas as partes.

O segurado está obrigado a pagar o prêmio, o segurador a pagar a indenização, caso o sinistro ocorra. A obrigação do segurador é condicional, enquanto o segurado é devedor de dívida líquida e certa, que representa a contraprestação do risco assumido pelo segurador. Sua obrigação principal é pagar o prêmio, e somente após adimplir sua obrigação pode exigir do segurador o pagamento da indenização, caso se verifique o evento contratualmente previsto.

91 Proc. no 2010-0261111. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

Livres são as partes para estipular modo e tempo do pagamento do prêmio, que pode se dar de uma só vez, ou de forma parcelada. Não se pode perder de vista, contudo, que assume o segurado dívida líquida e certa. E, com termo certo de vencimento.

De acordo com o disposto no art. 763 do Código Civil, se o segurado estiver em mora no pagamento do prêmio e se o sinistro ocorrer antes de sua purgação, não terá direito de exigir do segurador o pagamento da indenização.

Em princípio, perplexidade alguma poderia causar referida norma, especialmente diante da natureza bilateral e onerosa do contrato de seguro. Se o prêmio é fixado considerando o risco assumido pelo segurador e calculado de forma a assegurar a mutualidade do contrato, no caso de ocorrência do sinistro, quando em mora o segurado, a negativa da indenização, que representa sacrifício muito maior imposto ao segurador, seria solução equânime.

Em princípio, também, não se poderia ter dúvida quanto à prescindibilidade de notificação do devedor faltoso, porquanto, o mero inadimplemento do pagamento do prêmio seria suficiente para constituí-lo em mora, porquanto devedor de dívida líquida e certa.

Ocorre, todavia, que aplicação da regra ao caso concreto, por vezes, não resulta solução tão simples.

E a matéria, ainda que não houvesse norma no ordenamento jurídico pátrio do teor da que hoje está expressa no referido art. 763 do Código Civil, já suscitava divergências na jurisprudência, sendo razoável que agora, diante de regra expressa, as dificuldades se intensifiquem.

Tome-se como exemplo o do segurado que havia contratado seguro de seu veículo e ajustado o pagamento do prêmio em quatro parcelas. Pagou três, não tendo efetuado o pagamento da quarta parcela, por esquecimento. Poucos dias após o vencimento dessa quarta parcela, seu veículo foi roubado, tendo a seguradora se recusado a pagar a indenização, escudada em sua mora.

Solução simples seria aplicar o comando legal, o que conduziria a se reconhecer legítima a recusa da seguradora, porquanto o pagamento do prêmio não se verificou antes da ocorrência do sinistro.

Mas, não seria essa a solução justa.

A matéria, sob a égide do Código Civil de 1916, já havia sido apreciada pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, com vistas à uniformização do entendimento, tendo sido decidido que, para se eximir da cobertura, a empresa seguradora deveria, no mínimo, notificar previamente o segurado sobre a mora. Foi assim ementado o acórdão proferido em 09-10-2002, no Resp. 316552-SP, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior, *verbis:*

> *"CIVIL E PROCESSUAL. SEGURO. AUTOMÓVEL. ATRASO NO PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO EM MORA. IMPOSSIBILIDADE DE AUTOMÁTICO CANCELAMENTO DA AVENÇA PELA SEGURADORA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. COBERTURA DEVIDA.*
>
> *I – O mero atraso no pagamento da prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação.*
>
> *II – Recurso especial conhecido e provido".*

Se essa foi a interpretação da norma que se construiu como a interpretação justa à luz do Código Civil de 1916, agora, com maior razão, deve ser a interpretação prestigiada, na medida que o Código Civil vigente prioriza a função social do contrato e, em especial, a boa-fé objetiva.

Como leciona a Prof. Judith Martins-Costa[92], "*o 'bom senso' e os 'critérios de normalidade social', acolhidos pelos princípios do art. 113 do Código Civil, bem como pelo dever de razoabilidade – mediados pelo crivo jurídico da boa-fé – poderão indicar que um pequeno vício na prestação, a falta de uma*

92 Martins-Costa, Judith, in "Comentarios ao Novo Codigo Civil - Do Inadimplemento das Obrigacoes", Vol. V, Tomo II, Ed. Forense, p. 230.

pequena parcela ou 'inexatidões' não podem conduzir a que o credor recuse a prestação, ou proponha a resolução do contrato, ***se a falta for totalmente desproporcional ao complexo dos interesses envolvidos****. Nestes casos, verifica-se um conflito de direitos: de um lado, o direito do credor a exigir a prestação devida; de outro, a pretensão do devedor de não sofrer um prejuízo totalmente desproporcional à sua pequena falta. À luz da situação concreta, o interprete deve* ***ponderar*** *qual das situações é a mais pesadamente atingida, 'em termos de fazer ceder a outra".*

Com isso se quer dizer que nem sempre o inadimplemento é suficiente para resolver o contrato. Não se pode mais reconhecer como absoluto o direito do credor da relação obrigacional de por fim à avença, por conta do descumprimento da prestação pelo devedor, sendo possível ao juiz aferir se a mora do devedor causou ao credor um efetivo dano, e de tal monta que a prestação lhe seja absolutamente inútil, ou que, de alguma forma, tenha afetado a economia do contrato, que não pode mais ser preservado. Nas palavras do Desembargador Jones Figueiredo Alves[93], "*faltará causa eficiente para a resolução do contrato, sempre que o adimplemento irradiar, em seus efeitos próprios, circunstância de não configuração da resolubilidade diante das prestações satisfeitas, ao evidenciar a inexistência de graves conseqüências do inadimplemento verificado*".

É claro que a relação obrigacional nasce para que sejam cumpridas tal como ajustadas as obrigações que lhe deram origem e, uma vez adimplidas, seu destino é a extinção. As partes na relação obrigacional não assumem posições antagônicas, mas de cooperação, na busca do adimplemento, nutrindo ambas legítimas expectativas de que seus interesses serão satisfeitos exatamente como previram. Sob a influência do princípio da boa-fé objetiva, não pode ser mais aceito o paradigma clássico da polarização credor-devedor, estando a relação obrigacional pautada na coordenação dos interesses de ambos, ou seja, o direito do credor não mais é

93 Alves, Jones Figueiredo, in, "Leituras Complementares de Direito Civil – O direito civil-constitucional em concreto", organizador Cristiano Chaves de Farias, A Teoria do Adimplemento Substancial ("Substancial Perfomance") do Negocio Juridico como Elemento Impediente ao Direito de Resolucao do Contrato, Ed. JusPodium, 2ª Ed., 2009, p.248.

visto em posição de superioridade em relação aos interesses do devedor, que devem também ser levados em conta.

Por vezes, e não raramente, a relação obrigacional não se desenvolve sem contratempos. Podem esses ocorrer. Podem ser graves, conduzindo à extinção da relação obrigacional, podem ser menos graves, justificando a preservação do vínculo. Nesse espaço, foi desenvolvida a teoria do adimplemento substancial, construção do direito anglo-americano, que justifica a descaracterização da mora, ou a atenuação de suas conseqüências, em razão da constatação de um adimplemento contratual muito próximo do cumprimento integral da obrigação.

Não se deve relacionar o adimplemento substancial ao inadimplemento insignificante. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, segundo a Prof. Anelise Becker[94], exige que três circunstâncias sejam observadas pelo juiz: a primeira, a proximidade entre o efetivamente realizado e aquilo que estava previsto no contrato; a segunda, que a prestação ainda que imperfeita satisfaça os interesses do credor; e a terceira, o esforço do devedor em adimplir por inteiro sua obrigação.

Em suma, somente diante do caso concreto é possível ao juiz aferir a utilidade da prestação para o credor e o comportamento do devedor, seu esforço no cumprimento das obrigações ajustadas. Por isso, a relevância da notificação da mora ao devedor, no contrato de seguro. Uma vez notificado, chances lhe são dadas de adimplir a obrigação. Diversas situações podem concorrer para o inadimplemento, muitas vezes, involuntário, como a que decorre de, tendo ajustado as partes o débito automático do valor do prêmio do saldo existente em conta corrente bancária, não haver saldo disponível, quando do vencimento da prestação, ou de não ter chegado às mãos do devedor o boleto de cobrança, ou até mesmo diante de dificuldades financeiras momentâneas, ter o mesmo incidido em mora. Uma vez interpelado pelo credor, em casos que tais, oportunidade terá o segurado para purgar a mora, afastando as danosas conseqüências da resolução contratual. Mas, a exigência da prévia notificação do devedor

94 Becker, Anelise, in "A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista", Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 9(1), 60-77, Nov-93, p.63.

não tem por escopo tutelar apenas os interesses do segurado. Também os do segurador são protegidos, na medida em que coíbe a conduta do segurado faltoso, que não paga, até que o sinistro ocorra, para então pedir a cobertura ao mesmo tempo em que efetua o pagamento da parcela do prêmio inadimplida. Ora, se foi o segurado constituído em mora e não pagou o que era devido, ocorrendo o sinistro, não pode exigir do segurador a contraprestação.

Ao se acolher este entendimento, não se está priorizando os interesses do devedor aos do credor, mas sim buscando preservar o contrato, cuja função social é pelo ordenamento jurídico reconhecida. Tendo o adimplemento chegado muito próximo do que era o objetivo inicial das partes contratantes, a resolução do contrato não se apresenta como a melhor solução, a solução justa, devendo ser considerado, ademais, que as bases do contrato são resguardadas, quando se garante à seguradora abater do valor da indenização securitária as parcelas do prêmio que não lhe foram pagas no tempo devido, com os encargos da mora pactuados.◆

SÚMULA Nº 213

"Os contratos de seguro de vida, ininterruptos e de longa duração, configuram-se como cativos, renovando-se automaticamente, sem reajuste do valor do prêmio em razão de idade e sem modificação do capital segurado ressalvada a atualização monetária".

Referência[95]

LUÍSA CRISTINA BOTTREL SOUZA
DESEMBARGADORA

Dispôs o art. 774 do Código Civil: "*a recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo, mediante expressa cláusula contratual, não poderá operar mais de uma vez*".

Referida regra, inserida nas Disposições Gerais – Seção I – do Capítulo XV do Código Civil, que versa sobre contrato de seguro, passou a ser invocada pelas seguradoras para recusar a renovação automática dos seguros de vida.

Problemas inexistiriam se a recusa se direcionasse à renovação de contratos novos, celebrados após a vigência da nova lei civil. O que se tem verificado, todavia, é que, com base no novo dispositivo legal, a recusa de renovação dos contratos vem sendo direcionada àqueles mantidos há longos anos, por pessoas que, quando iniciada a relação contratual, eram jovens, mas, hoje, decorrido tanto tempo, já são idosas. E, a esses segurados, oferta-se um novo contrato, com novas bases contratuais, muito mais onerosas, por certo.

Visando corrigir a distorção, a intervenção do Judiciário tem sido provocada.

De um lado, colocam-se os que sustentam a tese de não ter o consumidor direito adquirido à renovação automática e perpétua do contrato,

95 Proc. no 2010-0261111. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

sendo direito da seguradora, que suporta a álea que lhe é ínsita, zelar pelo equilíbrio técnico-atuarial, e assim calcular o prêmio com base na possibilidade de implementação do risco, o que impõe a avaliação do perfil do segurado, inclusive sua idade. Afirmam não estarem as seguradoras obrigadas a renovar apólices desvantajosas, suportando prejuízos decorrentes da desproporção na mutualidade do seguro.

De outro, estão os que sufragam o entendimento de não ser possível submeter-se o consumidor à situação de desvantagem exagerada, daí porque abusiva a conduta da seguradora que, sem considerar o longo tempo da relação contratual, impõe ao segurado aderir a alterações unilaterais na avença, que terminam por lhe causar dificuldades insuperáveis, em razão especialmente da idade.

Prevalente a tese de proteção ao consumidor, foi editado o verbete sumular, do qual se pode extrair ter sido a preocupação primeira, a tutela dos contratos que a doutrina houve por bem nominar de cativos de longa duração (cf. Cláudia Lima Marques) ou relacionais, (cf. Ronaldo Porto Macedo Júnior).

O contrato é forma de circulação de riquezas, sendo inegável sua função instrumental na vida econômica moderna. Através dele, as partes contratantes almejam obter alguma vantagem, sendo a engrenagem da economia movida a partir de condutas egoístas, o que não pode ser objeto de censura. A visão individualista do contrato, que permitia fossem respeitados de forma quase absoluta os interesses manifestados, no tempo em que duas pessoas livremente estipulavam as obrigações a serem cumpridas, que redigiam elas próprias as cláusulas a que estariam submetidas pelo tempo do ajuste, não mais satisfaz, está esgotada, diante da pluralidade e complexidade das relações sociais modernas. Não se pode mais olhar o contrato como algo que diga respeito somente às partes contratantes, porque hoje sua relevância é coletiva. A necessidade dessa visão mais abrangente impôs a construção de uma nova hermenêutica, capaz de atender às novas necessidades, fundada na boa-fé objetiva, na função social do contrato e no equilíbrio da relação contratual.

No contexto de massificação das relações negociais, surgem os contratos cativos de longa duração, expressão citada pela Prof. Cláudia Lima

Marques, em sua obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor,* sob inspiração da doutrina germânica (contratos de longa duração). Segundo a ilustre mestra, um dos elementos do referido modelo é a *catividade do consumidor*, sua dependência, conquistada pela expectativa criada com a promessa de algo futuro, de segurança, de tranquilidade, de *status.* O outro, o tempo.

A *catividade* é identificada em dois momentos. No primeiro, na fase pré-contratual, é exercido o convencimento do consumidor, apresentando-se a outra parte como a parceira que está pronta para seus sonhos realizar. Jose Tadeu Neves Xavier[96] aponta que "a técnica da *catividade* é, em suma, *um processo de sedução* dos consumidores". No segundo momento, após a formação do contrato, a *catividade* se identifica na situação de dependência e fragilidade nutrida pelo consumidor diante do contrato.

Segundo ainda referido autor, o contrato cativo de longa duração "*passa a fazer parte da vida do consumidor, de forma inseparável, extremamente significativa para o seu convívio social. O contrato é o seu ponto de segurança para enfrentar as intempéries da vida, tornando-se uma necessidade de extrema importância, inclusive para sua realização pessoal".*

O segundo elemento dos contratos cativos é o aspecto temporal, eis que têm eles duração diferida no tempo. O sentimento de dependência criado no consumidor é a causa eficiente da preservação de sua vontade em dar continuidade à relação contratual.

Ocorre, todavia, que essa prolongada duração do contrato pode comprometer o sinalagma, causando desequilíbrios indesejáveis.

Os conceitos de solidariedade e de cooperação, incorporados à nova teoria contratual, devem ser aplicados com maior atenção, quando se trata dos contratos cativos de longa duração. Para Durkheim, os contratos de um modo geral se caracterizam pela existência de obrigações recíprocas e correlacionadas, somente sendo possível a reciprocidade porque existe cooperação, cujo pressuposto é a solidariedade, seu elemento moral. No-

96 Xavier, Jose Tadeu Neves, in, "Reflexões Sobre os Contratos Cativos de Longa Duração", Revista Juridica Empresarial, Ano I, Mar/Abr-2008,p.34.

vas idéias introduzidas no direito contratual, e apresentadas como suporte dos deveres secundários da prestação principal, isso porque, a par da prestação principal, objetivo primeiro das partes, na relação obrigacional assumem elas também, e reciprocamente, deveres secundários, quais sejam, os de regular suas condutas através de algo além do próprio ego e colaborar para que as legítimas expectativas umas das outras sejam atendidas. Em suma, devem resguardar a boa-fé objetiva, assegurar que o contrato cumpra sua função social, mantido o sinalagma genético da relação contratual.

O contrato de seguro de vida inclui-se, em muitos casos, no rol dos contratos cativos de longa duração, subsumindo-se tanto às normas do Código Civil, quanto às do Código de Defesa do Consumidor.

Por certo, não pode ser dispensado ao segurado, que contratou um seguro de vida, que vem sendo há longos anos renovado automaticamente, o mesmo tratamento conferido àquele que celebrou o contrato após a vigência do Código Civil.

Em regra, aquele cativo e fiel segurado, hoje está mais velho, e se lhe forem impostas novas bases contratuais, consideradas as atuais probabilidades de risco, por certo, dificilmente lhe será dado manter o contrato. Assim, aquele segurado, que por longos anos pagou o prêmio, confiando em que, em algum momento da vida, a garantia do prejuízo lhe seria prestada, ou ao beneficiário indicado, teria frustrada todas as suas expectativas. Aquele que o seduziu, como parceiro, prometendo-lhe segurança, bem estar, tranquilidade, termina sendo seu algoz, porque nega cumprir todas as promessas, apresentando como pretexto questões de ordem econômica.

Preciosa, no particular, a lição de Ronaldo Porto Macedo Junior[97], sobre a limitação que a teoria dos contratos relacionais impõe à autonomia privada. Embora não se negue o princípio da liberdade contratual, não se pode deixar de reconhecer que seu pressuposto clássico, assim como o do papel do Estado como agente regulador e disciplinador das relações contratuais, terminam abalados, porque, ao se reconhecer que há um de-

97 Macedo Junior, Ronaldo Porto, in, "Contratos relacionais e defesa do consumidor", Max Limonad, 1998, p.192.

ver de cooperação recíproca, orientado pelo princípio da boa-fé objetiva, quanto maior for a essencialidade do objeto do contrato, mais mitigada será a autonomia privada.

> Esse entendimento conduz a que "*a pressão exercida sob um dos atores contratuais em função de sua vulnerabilidade pode significar abuso de poder ou ato contrário aos bons costumes e à boa-fé exigida no tráfico jurídico, especialmente ao se levar em consideração uma categoria especifica de contratante, os idosos e as pessoas de meia-idade, que não raro enfrentam sérias dificuldades para firmar contratos de planos de saúde e de seguro de vida*[98]

São legítimas as expectativas do segurado na continuidade do vínculo, expectativa que deve ser compartilhada com o segurador. O contrato de seguro de vida tem em sua essência essa expectativa de parceria mútua, que é inspirada na confiança e cooperação, sentimentos alimentados ao longo do tempo.

Se a boa-fé assume o relevante papel de encorajar a continuidade da relação contratual, deve também servir de embasamento para que seja preservado o vínculo, assim reputada ilegítima a recusa na recondução contratual.

Quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.073.595-MG, que versava sobre a recusa da seguradora em renovar o contrato de seguro de vida havido com um segurado, que de forma duradoura havia se mantido fiel à relação obrigacional, assim fundamentou seu voto a eminente Ministra Nancy Andrighi:

> "*Não é difícil enxergar que um contrato de seguro de vida, que vem sendo renovado por trinta anos, inicialmente na modalidade individual, e depois como seguro em grupo, não pode ser interpretado como se meramente derivasse de contratos isola-*

98 Gomes, Rogerio Zuel, in, "A Nova Ordem Contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais", Ed.RT, Ano 15, abril-junho/2006, n.58, Revista do Direito do Consumidor, p.211.

dos, todos com duração de um ano. Os diversos contratos renovados não são estanques, não estão compartimentalizados. Trata-se na verdade de uma única relação jurídica, desenvolvida mediante a celebração de diversos contratos, cada um deles como a extensão do outro.

(...)

"Essa rescisão da avença deve observar, como dito, os princípios da colaboração, da boa-fé e da confiança. Um jovem que vem contratando ininterruptamente o seguro de vida oferecido pela recorrida não pode simplesmente ser abandonado quando se torna um idoso. O cidadão que depositou sua confiança na companhia seguradora por anos, ininterruptamente, deve ter essa confiança protegida. O abandono do consumidor, nessa situação, não pode ser tomado como medida de boa-fé".

Isso quer dizer que, além de não se ter como legítima a recusa na recondução do contrato de seguro de vida, quando se tratar de contrato de longa duração, também se terá como abusiva a conduta da seguradora que inserir alterações unilaterais no contrato que importem onerosidade excessiva para o consumidor, como é o caso, por exemplo, da cláusula de reajuste por faixa etária.◆

SÚMULA Nº 214

"A vedação do reajuste de seguro saúde, em razão de alteração de faixa etária, aplica-se aos contratos anteriores ao Estatuto do Idoso".

Referência[99]

MARCIA FERREIRA ALVARENGA
DESEMBARGADORA

A referida súmula espelha entendimento majoritário e quase unânime das Câmaras Cíveis deste Tribunal, servindo como orientação para os magistrados na hora de proferirem os seus julgamentos.

O Estatuto do Idoso é norma de ordem pública que tem incidência na relação contratual existente entre as partes, independentemente da data da celebração do negócio jurídico, já que as obrigações são de trato sucessivo e se prolongam indefinidamente no tempo.

A ilegalidade do reajuste por mudança de faixa etária deriva da afronta ao §3º do art. 15 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), que impede e veda, expressamente, por parte das administradoras de planos de saúde, a discriminação do idoso pela cobrança diferenciada de mensalidades de plano de saúde.

As cláusulas contratuais que prevêem a variação e reajustes em razão do ingresso do aderente em nova faixa etária não podem ser consideradas válidas e lícitas, posto que se mostram cláusulas abusivas, na forma do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, ante imposição de desvantagem excessiva, colocando o consumidor em situação de desequilíbrio no contrato e violando a boa-fé objetiva.

Reconhece-se, pois, a ilicitude da cláusula contratual pactuada entre as partes que autoriza o reajuste decorrente de mudanças de faixa etária, de maneira a mitigar a visão clássica do princípio do *pacta sunt servanda*,

99 Proc. no 2010-0261111. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

seja pela vedação inserida no Estatuto do Idoso, seja pelos deveres de informação e transparência máxima decorrentes das normas consumeristas.

Este entendimento já se consolidara em nosso Tribunal, como se demonstra através de iterativa jurisprudência:

> *PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS COM PEDIDOS DE RESSARCIMENTO MATERIAL E MORAL. MENSALIDADE DE PLANO DE SAÚDE AUMENTADA EM PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. ABUSIVIDADE. PRECEDENTES DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DANO MORAL INOCORRENTE. SÚMULA Nº 75 DESTA CORTE. RECURSOS - APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO, AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO COM AMPARO NO ART. 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I - Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual prevendo reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária - de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso. Precedentes do colendo STJ; II Dano moral inocorrente, aplicação da Súmula nº 75 deste E. Tribunal. III - Recursos - apelação e recurso adesivo, aos quais se nega seguimento ao abrigo do art. 557, do Código de Processo Civil. ((0006903-89.2009.8.19.0209 - APELACAO - 1ª Ementa - DES. ADEMIR PIMENTEL - Julgamento: 24/11/2010 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL).*
>
> *Ação Declaratória de nulidade de cláusula contratual. Seguro Saúde firmado em 2001. Cláusula que determina o aumento do prêmio mensal por mudança de faixa etária em 92,82%. Sentença que reconhece a abusividade do reajuste por faixa etária. Excessiva onerosidade. Vedação imposta pelo parágrafo único do artigo 15 da Lei 9656/98. Autor maior de 60 anos - Estatuto do Idoso (§ 3º do artigo 15 da Lei 10741/03). Aplicação imediata às relações de trato sucessivo. Equilíbrio do contrato Manutenção da sentença. Precedentes desta Corte e da Corte Superior. Recurso que se nega provimento. (0125875-94.2008.8.19.0001 (2009.001.52644) - APELACAO - 1ª Ementa - DES. KATYA MONNERAT - Julgamento: 24/11/2009 - QUINTA CÂMARA CÍVEL).*

Ressalta-se, ainda, que a questão posta em discussão já se encontra pacificada inclusive nas Turmas Recursais:

> Contrato de seguro saúde que impõe ao aderente onerosidade excessiva. Cláusula abusiva, que impõe prestações desproporcionais, colocando o idoso em desvantagem exagerada. Violação da boa-fé objetiva. Necessidade de adequação à luz da lei protetiva do consumidor e do Estatuto do Idoso. Aplicação do Estatuto do Idoso. Lei 10.741/03, que é posterior ao contrato de seguro saúde em questão. Proteção ao idoso e ao princípio constitucional da isonomia. Cabimento da restituição em dobro do pagamento a título de mudança de faixa etária, que não foi objeto de impugnação específica. (...). Sem custas e honorários. (TJRJ – 4ª Turma Recursal – Rel. Juíza Rita Vergette, Recurso 2010.700.053805-6 – j. 16.09.2010).
>
> Relação jurídica de consumo lastreada em contrato de adesão conceitualmente concebido como de longa duração e para qual não há interferência do consumidor na definição das regras nele contidas. Mitigação necessária da visão extremada da subsunção irrestrita ao princípio do pacta sunt servanda, viabilizando-se a adaptação das situações jurídicas disciplinadas no contrato de adesão, a fim de que as obrigações que traduzam onerosidade excessiva e as disposições que autorizam a alteração unilateral do preço não preponderem. Prevalência dos direitos fundamentais do consumidor previstos no artigo 6º, IV do CDC de proteção contra cláusulas abusivas que estabeleçam prestações desproporcionais. Viabilização do que se convencionou chamar de equidade corretiva como forma de harmonização dos interesses e equilíbrio do contrato. Possibilidade de declaração de nulidade das cláusulas que informem elevada desproporcionalidade das prestações e que estejam em antinomia como os princípios basilares do sistema de defesa do consumidor. Aplicação do art. 51, IV, X, § 1º, I,II e III da Lei 8.078/90. Consideração ainda da função social do contrato e dos princípios da boa-fé objetiva, da probidade, confiança e transparência. Aplicação do Estatuto do idoso que contemplou a vedação absoluta do reajustamen-

to do plano de saúde para aqueles que alcançaram sessenta anos de idade, consoante definição inserta no art. 15 § 3º daquele diploma legal. Regras de proteção previstas no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso que são de ordem pública e têm fundamento nos artigos 5º XXXII, 170V e 230, da Constituição Federal, bem como no art. 48 da ADCT, gozando portanto de hegemonia em relação às resoluções e atos normativos., notadamente porque visam a valoração da dignidade humana e o respeito ao idoso. Isto posto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo a sentença que proibiu o aumento com fundamento na mudança de faixa etária da consumidora, devendo adotar-se o aumento geral determinado pela ANS. Custas e honorários de 20% sobre o valor da causa. (TJRJ –Turma Recursal – Rel. Juíza Adalgisa Baldotto Emery, Recurso 2010.700.039822-2 – j. 27.07.2010).◆

SÚMULA Nº 228

"O simples aviso encaminhado por órgão restritivo de crédito, desacompanhada de posterior inscrição, não configura dano moral".

Referência[100]

CLEBER GHELFENSTEIN
DESEMBARGADOR

O conceito de dano moral vem sendo há muito objeto de estudo pela doutrina brasileira, como também pela alienígena, tendo em vista a função que lhe cabe em apresentar alternativa hermenêutica quando da aplicação do instituto ao caso concreto.

Savatier conceituava dano moral como *"... qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima"* [101].

Na doutrina italiana, segundo Minozzi dano moral *"... é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a aflição física ou moral, em geral uma dolorosa sensação provada pela pessoa, atribuindo à palavra dor o mais largo significado"* [102].

Nas lições do Mestre Inocêncio Galvão Telles, "*dano moral se trata de prejuízos que não atingem em si o patrimônio, não o fazendo diminuir nem frustrando o seu acréscimo. O patrimônio não é afectado: nem passa a valer menos nem deixa de valer mais. Há a ofensa de bens de caráter imaterial – desprovido de conteúdo econômico, insusceptíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro. São bens como a integridade física, a saúde, a correção*

100 Uniformização de Jurisprudência nº. 0037265-85.2010.8.19.0000 – Julgamento em 18/11/2010 – Relator: Desembargador Sidney Hartung. Votação por maioria.

101 SAVATIER, René. Traité de La Responsabilité Civile, vol. II, nº 525, in Caio Mario da Silva Periera, Responsabilidade Civil, Editora Forense, RJ, 1989.

102 Studio sul Danno non Patri moniale, 3ª edição, p.41.

estética, a liberdade, a reputação. A ofensa objectiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjectivo na vítima traduzido na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral" [103].

Para o Professor Arnoldo Wald, "*Dano é a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio ou na sua integralidade física, constituindo, pois, uma lesão causada a um bem jurídico, que pode ser material ou imaterial. O dano moral é o causado a alguém num dos seus direitos de personalidade, sendo possível à cumulação da responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral"* [104].

A Constituição da República Federativa do Brasil assim dispõe em seu art. 5º, V, "*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*".

Não obstante o direito à compensação por dano moral já possuir base constitucional, a jurisprudência ainda oscila não só quanto ao reconhecimento do direito na espécie como na quantificação do valor a ser arbitrado.

A questão é por demais tormentosa surgindo duas correntes para caracterização do dano moral: a que defende que o autor deve demonstrar a extensão da lesão sofrida, sendo um dos parâmetros adotados para fixação da compensação na hipótese de condenação e outra que não está adstrita ao prejuízo sofrido e sim a violação de um direito constitucionalmente assegurado.

Nessa esteira, cabe ao julgador analisar se os fatos trazidos pela parte autora dão ensejo à violação do direito imaterial alegado. Presentes a conduta ilícita, o dano e o nexo causal entre eles, configurado está o dano moral, conseqüentemente, a responsabilidade civil de ressarcir da parte que infringiu o direito tutelado.

Conquanto haja hipótese em que o dano moral tenha como pressuposto a ofensa a direito da personalidade, situações podem surgir onde

103 TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. Portugal: Coimbra Editora, 6ª Ed, p. 375 .

104 WALD, Arnoldo. Curso de Direito Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1989, p. 407.

o mal-estar não caracteriza dano moral. É uma linha bastante tênue onde não se pode prescindir de que é vedado pelo ordenamento jurídico o enriquecimento sem causa. É o tema abrangido pela súmula em comento.

Nessa linha de raciocínio, entendo que mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, embora possa causar desconforto, desde que não resulte repercussão na sua honra.

Com isso, o simples envio de notificação de débito, comunicando que, em caso de persistência no inadimplemento, a parte terá seu nome escrito nos cadastros restritivos ao crédito, sem que haja efetivamente a inscrição, não configura qualquer lesão a ensejar o dever de compensar o dano moral.

Destarte, a orientação contida no verbete em questão encontra-se em consonância com a moderna e acertada doutrina.◆

SÚMULA Nº 229

"A inversão do ônus da prova constitui direito básico do consumidor, uma vez preenchidos os pressupostos previstos no art. 6º, inciso VIII, do CDC, sem implicar, necessariamente, na reversão do custeio, em especial quanto aos honorários do perito".

Referência[105]

JOSÉ CARLOS DE FIGUEIREDO
DESEMBARGADOR

A inversão *ope iudicis* do ônus da prova está prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC, que estabelece ser um dos direitos básicos do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras de experiência."

Assim, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, foi estabelecida a responsabilidade objetiva, fundada na Teoria do Risco da Atividade.

Registre-se que os dispositivos de outros Códigos e Leis são aplicáveis às relações de consumo, apenas subsidiariamente, na lacuna do CDC e no que não colidir com as normas e os princípios deste microssistema.

Desse modo, mesmo que a regra geral sobre o ônus da prova seja aquela do artigo 333 do CPC, nas hipóteses previstas no art. 6º, VIII, do CDC, o juiz poderá inverter o ônus da prova em favor do consumidor.

Numa relação de consumo, a situação do prestador de serviços/ fornecedor de produtos, em regra, é de evidente vantagem, pois só estes têm pleno conhecimento da matéria objeto da lide.

105 Proc. no 2010-0261112. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

A situação do consumidor, ao revés, é de vulnerabilidade, independentemente de sua carência econômica, porquanto o conceito de hipossuficiência, neste caso, é técnico.

Foi precisamente em razão disso que o legislador estabeleceu a inversão do ônus da prova para facilitar a tutela jurisdicional do consumidor.

Existindo a hipossuficiência, a análise de verossimilhança da alegação do consumidor deve ser feita com menos rigor pelo magistrado, bastando a existência de uma das situações para que o juiz possa inverter o ônus da prova em favor do mesmo.

Ocorre, todavia, que não se deve confundir o ônus de provar com a antecipação das despesas processuais, haja vista que o primeiro tem previsão no art. 333 do Código de Processo Civil e a última no art. 19 do referido Diploma Legal.

Vale dizer: no que tange ao adiantamento da remuneração do Perito, à luz dos claros e precisos termos contidos no art. 33, *caput*, do CPC o legislador afirmou, *verbis*:

> Art. 33 - Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.

Inequívoco, portanto, que a inversão do ônus da prova não significa inversão da obrigação referente à antecipação das custas e despesas. Veja-se que o próprio Código de Processo Civil dá tratamento diverso às duas situações, nitidamente distintas. Ou seja, o ônus de provar e o adiantamento de despesas processuais.

Como já se evidenciou o disciplinamento referente ao ônus da prova, no CPC, acha-se insculpido nos arts. 333 e seguintes, que integram a seção I, capítulo VI, que cuidam exclusivamente das provas, ou seja, ônus de ministrar a prova daquilo que se alega. Já o art. 33 do CPC, trata do adiantamento da remuneração do perito.

Dessarte, não se vislumbra qualquer antinomia entre o disposto nos citados dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, com o disciplinamento contido no art. 33 do Código de Processo Civil.

Em síntese: mesmo que se trate de relação de consumo, e invertido o ônus da prova, diante da hipossuficiência técnica, tal fato não importaria na inversão da obrigação do adiantamento das despesas processuais relativas à remuneração do Perito.◆

SÚMULA Nº 230

"Cobrança feita através de missivas, desacompanhada de inscrição em cadastro restritivo de crédito, não configura dano moral, nem rende ensejo à devolução em dobro".

Referência[106]

CLEBER GHELFENSTEIN
DESEMBARGADOR

O tema da súmula gravita em torno da necessidade de se unificar a forma de decidir desta Colenda Corte, com o objetivo de evitar o crescimento da "indústria do dano moral".

O ordenamento jurídico brasileiro optou em trazer à colação constitucional a previsão do dano moral autônomo em relação ao dano material e estético, conforme se constata da simples leitura do art. 5º, V da Constituição da República Federativa do Brasil que assim dispõe: "*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*".

Assim, a pessoa humana foi alçada ao vértice do ordenamento jurídico, tornando, por conseguinte, necessário o estudo sob a ótica constitucional quando há violação a direito imaterial, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundamental da ordem jurídica. Nas lições de Luiz Antonio Rizzatto Nunes "*... a dignidade da pessoa humana, como uma conquista de valor ético-jurídico intangível* "[107].

Nessa esteira, no âmbito infraconstitucional, o Código Civil de 2002 deixa de ser o principal diploma a disciplinar as relações jurídicas, ocorrendo o verdadeiro diálogo entre as fontes normativas, principalmente quando ocorre violação a direito da personalidade.

106 Proc. no 2010-0261112. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Julgamento em 22/11/2010. Votação unânime.

107 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Manual de filosofia do direito. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 368.

Ultrapassada esta breve análise, quanto à aplicação da ótica constitucional ao estudo do dano moral, resta enfrentar a sua incidência em caso de envio de missiva de cobrança sem a inscrição em cadastro restritivo.

Nesse contexto, dois juristas posicionam-se de forma divergente quanto à caracterização do dano moral.

Nas lições do Professor Sérgio Cavalieri Filho "*... o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima*" [108].

O Mestre Aguiar Dias explica que "*... o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito.*" [109].

Modernamente Maria Celina Bodin de Moraes sustenta na sua tese que "*Modernamente, no entanto, sustentou-se que cumpre distinguir entre danos morais subjetivos e danos morais objetivos. Estes últimos seriam os que se refeririam, propriamente, aos direitos da personalidade. Aqueles outros se relacionariam com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis...*" [110].

Destarte, incumbe ao Magistrado ao examinar o caso concreto verificar quando da ocorrência da lesão patrimonial ou extra patrimonial do direito se houve ou não repercussão na esfera da pessoa da vítima, independentemente de prejuízo material.

Com isso, chega-se a conclusão que não é qualquer lesão que gerará o dever de compensação à vítima a título de dano moral, mas aquele que efetivamente atingiu a pessoa na sua dignidade.

Nessa linha de raciocínio, não se pode considerar como causador de dano moral o simples envio de missivas, objetivando uma cobrança de dé-

108 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

109 DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 10 ed. RJ: Forense. 1997.

110 MORAES, Maria Celina Bodin de. Direitos à Pessoa Humana; Uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais. RJ: Renovar, 2003.

bito, quando desacompanhadas de efetiva inscrição em cadastro restritivo de crédito, pois, embora isso cause desconforto, por certo não é de tamanha magnitude a ensejar violação a qualquer direito da personalidade a levar a responsabilidade de quem acarretou o dano o dever de compensá-lo.

Por oportuno, a inteligência da súmula esclarece que a simples cobrança sem a realização do pagamento não cria a obrigação de devolução em dobro do valor inserido no título, por ausência de prejuízo, bem como pela inexistência de respaldo no ordenamento jurídico pátrio para semelhante pleito.

Portanto, o verbete sumular em comento reflete o anseio da melhor doutrina sobre o tema, além de estar alinhado ao disposto no art. 42 e seu parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor que disciplina a matéria quanto à devolução de valores.◆

SÚMULA Nº 254

"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica contraída entre usuário e concessionária".

Referência[111]

SERGIO WAJZENBERG

JUIZ DE DIREITO

Ao que parece, tal "orientação" atenta para o melhor direito objetivo aplicável à espécie, se amoldando a realidade jurídica trazida à baila desde o advento da lei 8078/90, não havendo dúvidas de que mesmo a empresa que recebe do "poder público" tal autorização (concessão de serviço público) a toda evidência, presta serviços à massa de consumidores, sendo este "público" (serviço) e essencial, que deve ser realizado de forma contínua, ao menos como regra, devendo-se enfim salientar, que a mesma (concessionária) se amolda no conceito de fornecedor de serviço (previsto no cdc), não parecendo que a "titularidade" do mesmo (que ainda compete ao ente político respectivo), não resulta na aplicação (pura e simples) de norma jurídica diversa (exemplo: ccb), devendo-se, então, aplicar tais princípios e comandados (cdc) em "consonância" com as demais normas do sistema vigente (exemplo: lei que trata das concessões públicas).

O usuário do serviço ostenta a "qualidade" de consumidor, nos termos do cdc, e a relação negocial em foco (prestação de serviço) é a toda evidência, de consumo.

Qualquer "embate" jurídico por ventura ainda existente que "caminhe" em sentido diverso, na verdade "ignora" a melhor jurisprudência aplicável à espécie, que vem se "inclinando" no mesmo sentido (vide inclusive decisões do egrégio superior tribunal de justiça) em hipóteses "seme-

111 Proc. 0032040-50.2011.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Letícia Sardas. Julgamento em 16/01/12. Votação unânime.

lhantes" (exemplo: quando a parte ré é a previ – caixa de previdência dos funcionários do banco do Brasil s/a; geap; cac – da cedae).

São essas as breves considerações que tenho a apresentar nesta oportunidade, acreditando que de alguma maneira possa ter (ainda que minimamente) contribuído para o exame da matéria em foco.◆

SÚMULA CANCELADA

O verbete foi cancelado em virtude do decidido no Processo Administrativo nº 0032040-50.2011.8.19.0000.

SÚMULA Nº 255

"Incabível a cobrança de tarifa pela simples captação e transporte do esgoto sanitário".

Referência[112]

EDUARDO ANTONIO KLAUSNER
JUIZ DE DIREITO

O verbete sumular n. 255 foi adotado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, ao dar provimento ao processo administrativo n. 0032040-50.2011.8.19.0000 para uniformização de jurisprudência, julgado em 16 de janeiro de 2012, proposto pelo Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - CEDES com base no artigo 122, parágrafo 3º. do Regimento Interno do Tribunal, tendo por relatora a Excelentíssima Desembargadora Letícia Sardas.

O enunciado do verbete foi aprovado no II Encontro de Desembargadores Integrantes de Câmaras Cíveis de 2011, realizado pelo CEDES no dia 16 de julho de 2011, referente à matéria de Direito do Consumidor, e já constituía jurisprudência predominante para fins do artigo 557 do Código de Processo Civil, nos termos do Aviso TJ n. 55/2012, enunciado n. 109, do Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça, antes de ser adotado como Súmula do Tribunal.

112 Proc. 0032040-50.2011.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Letícia Sardas. Julgamento em 16/01/12. Votação unânime.

1. Os fundamentos para adoção do novo verbete sumular.

A nota justificativa do CEDES que acompanha o verbete da Súmula n. 255, disponível no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na internet, está lavrada nos seguintes termos:

> *"A cobrança da tarifa pressupõe o efetivo tratamento do esgoto sanitário, nos termos do art. 3º, inciso I, letra b, da Lei nº 11.445/07, eis por que a mera captação e transporte daquele, desacompanhados de tratamento e disposição final adequada, até seu lançamento final no meio ambiente, não justifica a cobrança da tarifa."*

A fundamentação da Excelentíssima Desembargadora Relatora está lavrada nos seguintes termos:

> "Nos termos do art. 122 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça poderão ser incluídas na Súmula a tese uniformemente adotada para interpretação de norma jurídica, por decisões reiteradas dos órgãos fracionários.
>
> No caso dos autos a iniciativa foi do Diretor Geral do Centro de Estudos e Debates – CEDES que, considerando a aprovação dos enunciados, referentes à matéria de Direito do Consumidor, no II Encontro de Desembargadores Integrantes das Câmaras Cíveis de 2011, ocorrido em 16/07/2011, submete à apreciação do Colegiado.
>
> Assim, resta analisar cada uma das propostas, separadamente[113].
>
> [...] a Lei 11.445/07 definiu o que se deve entender por esgotamento sanitário, bem como o que pode ser cobrado:
>
> Art. 3.º Para os efeitos desta Lei considera-se:

113 O processo traz proposta de cinco novos verbetes de súmula sobre matéria de Direito do Consumidor.

> I – saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:
>
> a) . . .
>
> b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra--estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; grifo nosso.
>
> "Assim, a cobrança de tarifa pela mera captação e transporte de detritos, desacompanhados de qualquer tratamento não está amparada pela norma acima mencionada."

O enunciado n. 109, convertido no verbete n. 255 da Súmula do Tribunal tem por referência os precedentes n. 0007000-13.2007.8.19.0063, julgamento em 03/11/2010, da 20ª. Câmara Cível, e 0007510-92.2010.8.19.0007, julgamento em 13/04/2011, da 3ª. Câmara Cível.

O primeiro acórdão tem a seguinte ementa:

> "DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 03/11/2010 - VIGESIMA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TARIFA DE ESGOTO SANITÁRIO. MUNICÍPIO DE TRÊS RIOS. ALEGAÇÃO DE QUE O SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NÃO É PRESTADO. AGRAVO RETIDO. PERÍCIA. PROVA EMPRESTADA. 1. Tendo em vista que o serviço em si não é prestado, salientando que apenas a captação de esgoto não dá ensejo a cobrança de tarifa, mostra prescindível a produção da prova pleiteada, mormente em razão da existência de prova emprestada, consistente em laudo pericial elaborado sobre o crivo do contraditório e ampla defesa. Desprovimento do agravo retido, por maioria. 2. Restou incontroverso, que o serviço de tratamento de esgoto não está sendo prestado aos Autores. Prova pericial emprestada que demonstrou que a rua em que se situa o imóvel dos Autores não é beneficiada

> por serviço de tratamento sanitário prestado pela Ré, o que torna ilegítima a cobrança da tarifa em questão. Precedentes do TJ/RJ. 3. Os honorários advocatícios foram arbitrados obedecendo ao critério da equidade consagrado no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.4. Manutenção da sentença. Desprovimento dos recursos."

O segundo aresto, por sua vez, está assim ementado:

> "DES. RENATA COTTA - Julgamento: 13/04/2011 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO. COBRANÇA DO SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. SAAE/BARRA MANSA. TARIFA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO EFETIVA DO SERVIÇO PÚBLICO. ILEGALIDADE DA COBRANÇA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. A Lei 11.445/2007 prevê que o esgotamento constitui-se das etapas de coleta, transporte, tratamento e disposição final do esgoto. A ausência de disponibilização das etapas de tratamento e disposição final é fato incontroverso diante do teor da contestação. Se o prestador do serviço público não disponibiliza todas as etapas do esgotamento sanitário, não há efetiva prestação do serviço. Como a tarifa, por sua natureza contratual, depende da efetiva prestação de um serviço público, sua cobrança, no caso em tela, é evidentemente ilegal. Restituição em dobro dos valores pagos a teor do art. 42, do CDC. Inaplicabilidade da Súmula 85 deste Tribunal, porquanto há autorização regulamentar tão-somente para a cobrança do serviço efetivamente prestado e não uma cobrança indistinta. Prescrição qüinqüenal
>
> (Decreto 20910/1932). Provimento parcial do recurso."

2. A remuneração pela prestação do serviço de esgotamento sanitário.

Nos termos do verbete adotado pelo Tribunal, a simples captação e transporte do esgoto sanitário não gera o direito a cobrança de tarifa pelo fornecedor. O verbete fica melhor entendido quando examinado a luz da nota explicativa do CEDES e dos acórdãos que o justificam, ficando claro

que o serviço de esgoto só se considera completamente prestado quando o esgoto sanitário é devidamente captado e tratado antes de sua disposição final no meio ambiente.

A Lei federal n. 11.445/2007, que lastreia a aprovação da nova súmula pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, dispõe sobre saneamento básico e traça diretrizes nacionais sobre a matéria, determinando aos entes federados critérios para a consecução do saneamento a serem obrigatoriamente observados. Quanto ao esgotamento sanitário, exige a letra "b" do inciso "I" do artigo 3º., da citada lei, ***"tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente".***

No Estado do Rio de Janeiro a determinação legal de tratamento do esgoto sanitário antes de sua disposição final no meio ambiente não é nova. A legislação estadual já previa o tratamento do esgoto antes de ser lançado no meio ambiente, sob pena de privar o fornecedor do serviço do direito de cobrar a contraprestação pecuniária. Por não ser a legislação estadual inteiramente observada pelos fornecedores do serviço, diversas demandas versando sobre a matéria vieram ao Poder Judiciário estadual, o que originou copiosa jurisprudência, reforçada posteriormente pela novel legislação federal, jurisprudência essa representada pelos acórdãos indigitados no enunciado n. 109 que originou o verbete sumular em comento. O Decreto estadual n. 553/76 em seu artigo 97, parágrafo único, dispõe[114]:

> Artigo 97 - (...)
>
> Parágrafo único – Não é devida a tarifa de esgoto quando os efluentes prediais forem lançados em sumidouros, valas de infiltração, valas e valões de terra não beneficiados pela Administração Pública.

Frise-se que também a coleta do esgoto sanitário deve ser feita por rede específica destinada especialmente a tanto. Vários municípios, entre

114 Ver também, sobre a matéria, o Decreto estadual n. 22.872/96.

eles o Município do Rio de Janeiro no artigo 487 da Lei Orgânica, vedam expressamente a utilização das galerias pluviais para a captação de esgoto, o que também não é sempre respeitado e enseja o não pagamento da contraprestação pecuniária pelo consumidor, por caracterizar o inadimplemento do fornecedor. Nesse sentido a jurisprudência pacífica do Tribunal de Justiça, exemplificada no seguinte aresto:

> 0092879-38.2011.8.19.0001 – Apelação.
>
> "Des. Mauro Dickstein - julgamento: 15/05/2012 - Décima Sexta Câmara Cível.
>
> Agravo inominado contra decisão que deu parcial provimento a apelação, com base no art. 557, § 1º-a, do cpc. sumário. ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de repetição de indébito. serviço de esgotamento sanitário. remuneração que tem natureza jurídica de preço público (tarifa) e não de tributo (taxa), conforme entendimento dos colendos stf e stj, necessitando, portanto, de sua efetiva prestação, a fim de justificar e possibilitar a cobrança. procedência do pedido. apelação. inexistência de saneamento no local, reconhecida pela própria concessionária, em sede de contestação, bem como, o recolhimento do esgoto através da rede de águas pluviais, em violação aos arts. 486 e 487, da lei orgânica do município, a desautorizar a cobrança efetuada. repetição de forma simples das quantias pagas, por se tratar de equívoco escusável. precedentes deste e. tjrj. recurso a que se deu parcial provimento. confirmação da solução anterior deste relator. agravo conhecido e desprovido."

A questão quanto à natureza jurídica do serviço de esgotamento sanitário e quando o serviço se considera completamente prestado, de modo a

ser exigível a tarifa[115], é tema importantíssimo e recentemente pacificado pela jurisprudência.

As lides entre consumidores do serviço de esgotamento sanitário e fornecedores surgem em ações nas quais a questão primordial é o direito a cobrança da tarifa. As ações, movidas em regra pelos consumidores, muitas vezes também questionando o fornecimento de água e o valor da respectiva tarifa, visam a não pagar a tarifa de esgoto ou a devolução de valores pagos a esse título. A causa de pedir é baseada sempre na alegação de que o serviço não é prestado, seja quando efetivamente não há coleta de esgoto, seja quando há coleta de esgoto e não há tratamento do esgoto sanitário antes de ser lançado no meio ambiente. A defesa do fornecedor do serviço, em regra, consiste em afirmar que a simples coleta do esgoto sanitário, por si só e independentemente de se dar por rede destinada a águas pluviais ou de efetivamente existir tratamento final, caracteriza o adimplemento do serviço. Portanto, definir a natureza da relação jurídica e o que se considera como adimplemento do contrato de prestação de serviço de esgotamento sanitário é fundamental para a solução destas lides.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considera a relação jurídica entre o fornecedor do serviço de esgotamento sanitário e o consumidor como uma relação contratual de consumo remunerada por tarifa. Tanto assim, que aprovado o verbete como matéria de Direito do Consumidor. Considera-se fornecedor tanto a pessoa jurídica de direito público, quanto à de direito privado, nos termos do artigo 3º. do Código de Defesa do Consumidor. O verbete n. 254 da Súmula, aprovado no mesmo processo e julgamento do Órgão Especial que aprovou o verbete n. 255, também é expresso ao afirmar que a relação das concessionárias de serviços públicos e usuários ou consumidores é de consumo. Tal entendimento adequa-se ao já citado artigo 3º, como ao previsto no artigo 22 do Có-

115 A Súmula n. 82 do TJERJ dispõe: "É legítima a cobrança de tarifa diferenciada ou progressiva no fornecimento de água, por se tratar de preço público." "O preço público ou a tarifa é a remuneração paga pelo usuário por utilizar um serviço público divisível e específico, regido por regime contratual, e voluntariamente contratado", conforme frisa a relatora Exma. Des. Renata Cotta valendo-se da citada súmula para fundamentar o seu voto, no qual aprecia a natureza do serviço de esgotamento sanitário e o qualifica como tendo natureza eminentemente contratual, no acórdão referenciado como um dos precedentes do Enunciado n. 109 do CEDES, cuja ementa foi transcrita no tópico 2 (acórdão n. 0007510-92.2010.8.19.0007, julgamento em 13/04/2011, da 3ª. Câmara Cível).

digo de Defesa do Consumidor, com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[116] e com a doutrina dominante[117].

A nova súmula, *a contrario senso,* definiu exatamente quando ocorre o perfeito adimplemento do serviço e o direito ao recebimento da tarifa pelo fornecedor. Outrossim, definiu o verbete precisamente quando a obrigação encontra-se inadimplida pelo fornecedor, assegurando-se a repetição do indébito quando indevidamente cobrada e paga pelo consumidor, nos termos do parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor[118].

Embora os acórdãos que dão suporte ao novo verbete não declarem textualmente, deve ser pontuado que o completo adimplemento do serviço de esgoto só ocorre com o cumprimento de todas as etapas previstas no art. 3º, I, "b", da Lei n. 11.445/2007, não porque a leitura literal do dispositivo legal conduza necessariamente a esta conclusão[119], ou tão somente em razão da legislação estadual citada.

A lei federal sobre saneamento básico, assim como as demais normas que dispõem sobre a matéria, sempre que presente uma relação jurídica de consumo, passam a integrar o microssistema de Direito do Consumidor e devem ser lidas e interpretadas segundo os princípios do Direito do

116 Vide entre outros o Recurso Especial n. 754.784/PR, Rel. Min. Eliane Calmon, 2ª. T., j. 13.09.2005; Recurso Especial n. 1.079.064-SP, Rel. Min. Antonio Herman Benjamim, j. 02/04/2009; e Recurso Especial n. 1.113.403-RJ (2009/0015685-3), Rel. Min. Teori A. Zavascki, j. 09/12/2009, submetido a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (Recursos Repetitivos).

117 A doutrina mostrava-se hesitante. Hoje, no entanto, a doutrina dominante entende que a remuneração pelo fornecimento de água e esgoto sanitário se faz por tarifa e a relação jurídica é de consumo. Nesse sentido, entre outros, FILOMENO, José Geraldo. Comentários aos arts. 1º. a 3º. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9ª. Ed., 2007, Rio:Forense Universitária, p. 53, e TORRES, Ricardo Lobo, Curso de Direito Financeiro e Tributário, 18ª ed., 2011, Rio:Renovar, p. 188-191 (especialmente quanto a tratar-se de prestação de serviço mais corretamente remunerada por tarifa do que por taxa, considerando a característica de tratar-se o fornecimento de água e esgoto como prestação de serviço não relacionado aos direitos fundamentais e a soberania).

118 Sobre a repetição do indébito, ver súmulas n. 85 e 175, do TJERJ.

119 Frise-se que no voto da Rel. Des. Renata Cotta, no acórdão anteriormente citado no tópico 2, da 3ª. Câmara Cível, declara-se a ilegalidade do artigo 9º. do Decreto 7.217/2010, que permite que o serviço de esgotamento sanitário seja prestado sem observância de todas as etapas determinada pela Lei n. 11.445/2007, por não atentar para a letra da lei, inclusive o disposto no artigo 30, e por violar a própria política de saneamento básico e proteção ambiental considerando que o tratamento do esgoto sanitário é a sua etapa mais importante.

Consumidor e em harmonia sistemática com os comandos legais, de cunho principio lógico, existentes no próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC), os quais são de ordem pública nos termos do artigo 1º. da Lei n. 8.078/1990 (CDC).

Assim sendo, o fornecedor do serviço de esgotamento sanitário só pode contratar com o consumidor observando estritamente as normas ambientais, o que inclui o dever de não poluir lançando esgoto *in natura* no meio ambiente. Qualquer disposição contratual em contrário é considerada cláusula abusiva, nos termos do artigo 51, XIV, e nula de pleno direito[120].

Tratando-se de matéria de Direito do Consumidor, o prazo prescricional para a ação de repetição do indébito deverá ser o previsto no direito privado, e não a prescrição qüinqüenal das relações administrativas e/ou tributárias, embora tal questão ainda não esteja pacificada na jurisprudência estadual[121]. Essa é a posição do Superior Tribunal de Justiça no verbete n. 412 da sua Súmula, decorrente do Recurso Especial n. 1.113.403-RJ (2009/0015685-3), - Recurso Repetitivo na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil -, que considerou que o Código de Defesa do Consumidor não fixa prazo especial prescricional para a hipótese, vez que o artigo 27 versa sobre prescrição para a ação de reparação de danos por defeito no fornecimento de bens e serviços, aplicando-se assim o prazo previsto no Código Civil[122].◆

120 Come bem esclarece NERY JUNIOR, Nelson. Comentários aos arts. 46 a 54. GRINOVER, Ada P. et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, op.cit.p.600: "O direito ao meio ambiente é bem jurídico tutelado pelo art. 225 da Constituição Federal, sendo dever de toda a coletividade sua preservação. Em vista disso, toda cláusula que possibilitar, em tese, a prática de ato ou celebração de negócio jurídico que tenha potencialidade para ofender o meio ambiente é considerada abusiva pelo CDC. Não há necessidade da ofensa real ao meio ambiente, bastando para caracterizar a abusividade que a cláusula possibilite a ofensa ambiental. A proibição alcança, também, as cláusulas que estejam em desacordo com as normas ambientais, legais ou administrativas. Os termos meio ambiente e normas ambientais estão tomados em sua acepção mais ampla, incluídos neles o meio ambiente natural (ar, água, florestas, fauna, flora etc.), meio ambiente urbanístico (zoneamento, poluição visual e sonora etc.), meio ambiente cultural (patrimônio e bens de valor histórico, estético, turístico, paisagístico, artístico e arquitetônico) e meio ambiente do trabalho (salubridade e segurança no ambiente de trabalho etc.)."

121 O próprio acórdão da 3a Câmara Cível citado como precedente pelo CEDES, dispõe que o prazo prescricional será o qüinqüenal previsto no Decreto n. 20.910/1932, como pode-se constatar de sua ementa, transcrita acima no tópico n.2, acórdão n. 0007510-92.2010.8.19.0007, julgamento em 13/04/2011, Rel.Des.Renata Cotta.

122 SÚMULA N. 412-STJ: A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

SÚMULA Nº 285

"Qualquer interrupção de prestação de serviço essencial decorrente de ligação clandestina não configura dano moral".

Referência[123]

CLAUDIA MARIA DE OLIVEIRA MOTTA
JUÍZA DE DIREITO

Justificativa: Rompe-se o nexo causal da responsabilidade em virtude do fato exclusivo da vítima. Por outro lado, não se pode considerar afrontado em sua dignidade quem, anteriormente, praticou ato ilícito e, em tese, delituoso.

Precedentes: Apelação Cível nº 003609104.2011.8.19.0001, 2ª Câmara Cível, julgado em 29/03/2012; Apelação Cível nº 0002930.14.2007.8.19.0075, 2ª Câmara Cível, julgado em 20/09/2011.

É de comum conhecimento que todo serviço tido como essencial deve ser contínuo e ininterrupto (artigo 22 e parágrafo único do CDC). Pacificado na jurisprudência o entendimento que a suspensão indevida deste serviço repercute no psiquismo de quem se vê privado de utilizá-lo, emergindo o dano moral da própria interrupção sem justa causa, desnecessária a prova de prejuízos adjacentes.

A matéria está pacificada na jurisprudência do TJRJ, conforme Súmula nº 192, a seguir transcrita:

> ***"A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral."***

As Agências Reguladoras editaram Resoluções autorizando a suspensão dos serviços de fornecimento de energia elétrica, gás e água, desde que precedidas da devida comunicação, nas hipóteses de não pagamento

123 Processo Administrativo nº 0026906-08.2012.8.19.000. Julgamento em 10/09/2012. Relator: Desembargador Mario Robert Mannheimer. Votação por maioria.

das faturas.

Tal procedimento não viola o artigo 22 do CDC porque a interrupção na prestação dos serviços, ainda que essenciais, encontra respaldo no §3°, do artigo 6°, da Lei n° 8.987/95, nos casos de inadimplemento do usuário.

A hipótese da Súmula nº 285, em comento, restringe-se aos casos em que o corte no fornecimento do serviço essencial é feito em relação a ligações clandestinas, ou seja, explicita requisito indiciado na Súmula 192, condiciona o reconhecimento do dano moral exclusivamente às hipóteses em que a suspensão do serviço é indevida.

Ensina O Exmo. Desembargador Sergio Cavalieri (***in*** Programa de Responsabilidade Civil), que os concessionários e permissionários de serviços públicos estão sujeitos ao mesmo regime da Administração Pública no que tange à responsabilidade civil, respondendo objetivamente, em nome próprio e com seu patrimônio.

A aparente contradição originada da possibilidade de interrupção de serviço tido como essencial encontra adequada solução sob o pálio do Código de Defesa do Consumidor, definida no art. 14 deste diploma legal a responsabilidade por fato do serviço, caracterizada como objetiva, impondo ao prestador responder, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, somente escusando-se quando, "tendo prestado o serviço, o defeito inexiste", ou por" culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro" (§ 3°, incisos I e II).

A regra do art. 22, do estatuto consumerista igualmente rege a questão:

> ***"Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código".***

Assim, configura exercício regular de direito da concessionária a suspensão dos serviços em caso de inadimplemento do consumidor. Nos termos do art. 14, §3º, II, do CDC, a culpa exclusiva do consumidor rompe o nexo de causalidade e elide a responsabilidade objetiva do prestador do serviço.

Amolda-se à hipótese versada no verbete 83, da Súmula deste Tribunal ***verbis:***

> ***"É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, apos prévio aviso, na forma da lei".***

No mesmo diapasão cito seguinte precedente jurisprudencial:

> ***"O aviso premonitório é indispensável por se tratar de serviço essencial. Curial que seu abrupto corte causa abalo maior do que mero aborrecimento ou dissabor, configurando dano moral e violação do dever, imposto à concessionária, de manter serviço adequado. Mas, cuidando-se, como se cuida, de relação de consumo, a causação do dano pela própria vítima escusa a prestadora do serviço, elidindo a obrigação reparatória, segundo se extrai do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor."*** **(Apelação Cível nº 0002930-14.2007.8.19.0075 – 2ª Câmara Cível – Des. Jessé Torres – Julgamento em 20/09/2011).**

Como se vê a responsabilidade objetiva do concessionário ou permissionário é mitigada, afastando o direito à indenização quando estes agem legitimamente. Se o inadimplemento já autoriza a suspensão do serviço, não gerando para o consumidor direito à indenização, ainda mais inquestionável a possibilidade desta medida ser adotada diante de situações em que há ligação clandestina, ou seja, quando o beneficiário se utiliza de meios ilícitos para obter o serviço. A ilicitude não gera direito para o Autor, aplicando-se o preceito "***neminedolussuusprodessepotest.*** ◆

SÚMULA Nº 286

"A formação de conglomerado econômico, através de cooperativas prestadoras de serviço de seguro saúde, não exclui a solidariedade entre as pessoas jurídicas cooperativadas pelo atendimento ao consumidor titular do contrato de plano de saúde."

Referência[124]

NEUSA REGINA LARSEN DE ALVARENGA LEITE
JUÍZA DE DIREITO

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) mais uma vez acertou ao editar o verbete 286.

É notório o grande número de demandas tendo como causa de pedir a questão de saúde e na mesma proporção que as ações surgem as teses das prestadoras de serviços médicos ficam mais criativas, impondo aos Tribunais uma análise conjunta do Código de Defesa do Consumidor (CDC) com a Constituição da República (CR).

Os planos de saúde surgiram como forma de viabilizar a utilização da rede privada médica. Assim, o consumidor, por intermédio do pagamento de contraprestação tem direito à utilização de hospitais, consultas médicas e tratamentos previamente estipulados em contrato.

Com o passar dos anos foram surgindo diversas empresas interessadas no fornecimento desse serviço e, considerando a rentabilidade, cooperativas foram formadas para também prestarem o referido serviço médico.

O verbete 286 do Tribunal de Justiça decorre exatamente da tese defensiva dessas cooperativas, que para se eximirem de responsabilidade pretendem o reconhecimento da regionalidade como exclusão da responsabilidade.

124 Processo Administrativo nº 0026906-08.2012.8.19.0000. Julgamento em 10/09/2012. Relator: Desembargador Mario Robert Mannheimer. Votação unânime.

A discussão sobre a solidariedade das pessoas jurídicas cooperativadas aconteceu no julgamento do processo administrativo número 0026906-08.2012.8.19.0000 que teve como relator o desembargador Mário Robert Mamheimer.

A uniformização de jurisprudência encerrou a discussão acerca da ilegitimidade passiva, da Unimed do Rio de Janeiro em autorizar procedimentos referentes a contratos celebrados em Belém, além de impedir outras cooperativas de se utilizarem de manobras administrativas para burlarem a solidariedade e como consequência o dever de prestar o serviço.

Frise-se que no momento de vender o produto ou serviço, as cooperativas prestadoras de serviço de seguro saúde informam ao consumidor no "site" ser nacional e somente quando é solicitado um serviço mais oneroso, a pessoa jurídica cooperativada de um estado alega não possui autonomia e depender da autorização daquela em que foi celebrado o contrato.

Pensando nesta manobra jurídica o Código de Defesa do Consumidor (CDC), no parágrafo 3º do artigo 28, estabelece a solidariedade das sociedades consorciadas pelas obrigações decorrentes das relações de consumo e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sabiamente, enquadrou o conglomerado econômico formado por cooperativas na solidariedade do dispositivo legal da Lei n.º 8.078/1990.

A união de cooperativas para aumentar obtenção de clientes pelo país, não pode ser desconsiderada à escolha do prestador do serviço e principalmente para prejudicar o consumidor.

Ao se unirem, as pessoas jurídicas cooperativadas formam um conglomerado econômico e, como tal, são solidariamente responsáveis pelo atendimento ao consumidor.

As questões de saúde representam a maior parcela de distribuição de ações no Poder Judiciário atualmente, tendo como fundamento o inadimplemento contratual das prestadoras de serviço. Desta forma, com a aprovação da referida súmula muitas demandas deixarão de ser propostas, pois os planos de saúde deverão se adequar ao entendimento do Tribunal de Justiça.

Com esta postura o Tribunal está facilitando o julgamento das demandas em curso e protegendo o consumidor de procedimentos lesivos e a ele garantidos pelo CDC e pela Constituição da República.

Outrossim, deve ser destacado que apesar da importância do direito à saúde, faz-se necessária a atuação do Poder judiciário para equilibrar as relações de consumo, pois lamentavelmente as seguradoras de saúde, esquecendo-se do bem maior que é a vida, utilizam-se de manobras jurídicas para se esquivarem de suas obrigações.◆

SÚMULA Nº 293

"A operadora de plano de saúde responde solidariamente em razão de dano causado por profissional por ela credenciado."

Referência[125]

PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA
JUÍZA DE DIREITO

Cuida-se de comentar o contido no verbete supramencionado, integrante da súmula da jurisprudência dominante do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse passo, o verbete em comento traduz posição majoritária tanto no E.Tribunal supramencionado, que a editou, quanto no E. STJ, e privilegia o Princípio da máxima proteção ao consumidor que decorre da aplicação da Lei nº 8078/90 e de toda a sua concepção principiológica.

De fato, diversos são os tipos de contrato de fornecimento de serviços médicos e diversas são as formas de atuação das operadoras de planos de saúde. Os planos de saúde privados, comumente chamados de "seguro saúde", ora operam em regime de livre escolha de médicos e hospitais, com o reembolso das despesas médico-hospitalares, e ora operam mediante atendimento em hospitais próprios, credenciados ou por um sistema misto, com ampla rede credenciada. Na primeira hipótese, em havendo um dano indenizável, não há dúvidas que a responsabilidade será direta do hospital ou do médico causador do dano, livremente escolhido pelo consumidor, não podendo a seguradora responder nesse caso, já que não aplicável a Teoria do Risco Integral à espécie.

Por outro lado, nos casos de danos oriundos de médicos e hospitais que lhe são credenciados, há divergência doutrinária e jurisprudencial,

125 Proc. 0063256-29.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Nildson Araújo da Cruz. Julgamento em 21/01/2013. Votação unânime.

sendo identificadas quatro correntes doutrinárias: uma negativa e quatro positivas.

A primeira corrente, minoritária, sustenta a impossibilidade de responsabilização das operadoras do plano de saúde ao argumento de que as atividades das operadoras são distintas e não se confundem com as atividades médicas e hospitalares.[126]

A segunda corrente entende haver responsabilização solidária das operadoras com base na relação de preposição, consubstanciada na norma do artigo 932, III do Código Civil, decorrente da escolha dos profissionais e rede credenciada indicada aos seus clientes.

Neste sentido, veja-se os seguintes arestos do E.TJRJ e E.STJ, *in verbis*:

> *"0100963-38.2005.8.19.0001 - APELACAO - DES. ELTON LEME - Julgamento: 05/12/2012 - DÉCIMA SETIMA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. HISTERECTOMIA. LIGADURA INADVERTIDA DO URETER. INTERCORRÊNCIA FREQUENTE. PROVA PERICIAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O plano de saúde é parte legítima para afigurar no polo passivo da ação de indenização em decorrência de erro médico, pois, ao credenciar o profissional, se compromete com a qualidade do serviço que é prestado em seu nome. 2. Prescrição que não se verifica, já que incide o prazo quinquenal previsto no artigo 27 do CDC, não incidindo o prazo prescricional relativo à indenização securitária. 3. A hipótese de erro médico desafia responsabilidade civil subjetiva no que tange ao profissional da medicina e objetiva indireta, nos termos do art. 932, III, do Código Civil, com relação ao plano de saúde. 4. A configuração da responsabilidade civil objetiva por fato de outrem não dispensa a comprovação da culpa do responsável direto pelo evento danoso, sendo indispensável a comprovação do fato, do dano, do nexo de causalidade, bem como da culpa lato sensu do médico. 5. Contexto probatório que*

126 Veja-se, a este respeito, o contido no REsp 351178/SP, 4ª T. Min. Massami Uyeda julg. 24/06/2008.

evidencia o pleno atendimento da obrigação de meio, devendo ser destacado que nenhum procedimento cirúrgico é isento dos riscos inerentes ao próprio ato. 6. Laudo pericial elaborado por médico especialista em urologia que aponta como frequente a perfuração do ureter em cirurgia ginecológica, em especial com o quadro clínico apresentado pela autora, que potencializava o risco da intercorrência constatada. 7. A inexistência da culpa em qualquer das suas modalidades atribuível ao médico que atuou no caso afasta o dever de indenizar. 8. Desprovimento do recurso. Data de Julgamento: 05/12/2012"

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso.

2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço.

3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais

credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa.

4. Tendo em vista as peculiaridades do caso, entende-se devida a alteração do montante indenizatório, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios.

5. Recurso especial provido.

(REsp 866.371/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 20/08/2012)"

De fato, o Código Civil em vigor ao dispor nos incisos do artigo 932 pela responsabilidade pelo fato de outrem, ou responsabilidade por fato próprio omissivo, como sustentam alguns doutrinadores, instituiu responsabilidade objetiva e solidária aos ali indicados (artigo 933 e 942, parágrafo único, do C.C./2002), desde que comprovada a culpa do responsável direto pelo dano. Frise-se que a responsabilidade do plano de saúde será objetiva desde que comprovada a culpa do profissional médico.

No entanto, os dois posicionamentos majoritários no E. STJ, além de não considerarem a diferença entre as atividades desenvolvidas pelos médicos, hospitais e operadoras, justificam a solidariedade por outros fundamentos.

Nesse passo, a terceira corrente reconhece a existência de uma responsabilidade concorrente da operadora de saúde pelo simples fato de o beneficiário somente ter direito à cobertura na escolha dos profissionais ou serviços de saúde credenciados por ela.

Nessa linha de raciocínio, o insigne professor Sergio Cavalieri Filho afirma que:

"com efeito, médicos e hospitais credenciados formam uma rede de serviço médicos hospitalares eficiente, atrativa e com-

petitiva para atender à cativa clientela dos planos de saúde. Na verdade, há um pacto proveitoso para ambas as partes; médicos e hospitais aumentam a clientela e a empresa credenciadora, além de tornar os seus serviços mais eficientes, suportará menos encargo financeiro pagando despesas de hospitalização e honorários médicos previamente estabelecidos numa tabela. Por sua vez, segurados ou contratados procuram os médicos e hospitais credenciados (ou referenciados) não só porque nada tem a pagar, mas também porque confiam na indicação, acreditando tratar-se de instituições e profissionais competentes, criteriosamente selecionados pela empresa seguradora ou operadora do serviço" [127].

Nesse sentido vem se consolidando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"REsp164084/SP RECURSO ESPECIAL 1998/0009897-6 Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR 4 Turma julgamento em 17/02/2000 CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. PLANO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE ERRO DE DIAGNÓSTICO NO ATENDIMENTO PELA REDE CREDENCIADA. CIRURGIA DE URGÊNCIA REALIZADA EM NOSOCÔMIO DIVERSO. COBERTURA NEGADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INCORREÇÃO. PROCEDIMENTO DA LIDE.*
>
> *I. A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva.*
>
> *II. Recurso conhecido e provido, para reconhecer a legitimidade passiva da ré e determinar o prosseguimento do feito. J17/04/2000 p.68 EXSTJ vol. 131 p. 139 RSTJ vol. 138 p. 361"*

127 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.385.

"REsp 494047 Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA Data da publicação DJ 09/05/2003. RECURSO ESPECIAL Nº 494.047 - RR (2002/0166900-0). RELATOR : MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA / RECORRENTE : UNIMED DE BOA VISTA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO / ADVOGADO : ROMMEL LUIZ PARACAT LUCENA / RECORRIDO : GEUSA PAVÃO BARROS / ADVOGADO: CÍCERO PEREIRA DE OLIVEIRA - RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE. COOPERATIVA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RECUSA INJUSTIFICADA NO ATENDIMENTO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO.

Vistos, etc.

1. A ação de indenização por danos morais ajuizada pela recorrida, fundada na recusa injustificada de atendimento oferecido por consultório médico conveniado, da ré, teve seu pedido julgado procedente. Apelou a ré mas o Tribunal de Justiça de Roraima lhe negou provimento, em acórdão com esta ementa: "Apelação cível. Preliminares rejeitadas. Dano moral demonstrado.Valor da indenização elevada. Inocorrência. Recurso improvido. O recibo de não quitação, segundo consta nos autos, foi efetuado via on line, eximindo a responsabilidade do consultório prestador do serviço, recaindo a responsabilidade civil sobre a cooperativa;A cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitima passivamente para ação indenizatória movida por associado; Por ser ônus do réu, a comprovação dos fatos que alegue em seu defesa (CPC, art. 333, II) e não tendo comprovado os motivos da falta de atendimento, caracteriza-se a ilicitude da conduta, da qual se presume a ocorrência de dano moral (danum in re ipsa);Quanto ao valor da indenização for fixado com razoabilidade e proporcionalidade, deverá ser mantida".Inconformada, a apelante manifestou recurso especial em que alega vulnerados os arts. 159, 1.092, 1.521 e 1.523 do Código Civil de 1916. Argumenta com ilegitimidade passiva e afirma que não restaram caracterizados os requisitos necessários a ensejar sua condenação.Contra-arrazoado, foi o recurso admitido.

2. Em recentes julgados, esta Corte decidiu ser a operadora de serviços de assistência à saúde responsável pelos serviços médicos e hospitalares prestados por seus credenciados, aplicando-se, em casos como este, os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. A propósito, confiram-se os seguintes precedentes:

"A inexistência de vínculo empregatício entre a cooperativa de trabalho médico e o profissional a ela associado não é fator impeditivo do reconhecimento da sua responsabilidade civil, com base nas disposições da lei substantiva e do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos atos praticados em decorrência de serviços prestados em plano de saúde" (EDREsp n. 309.760-RJ, DJ 1º.7.2002).

"A operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código deDefesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota. Recurso não conhecido" (REsp n. 267.530-SP, DJ12.3.2001).

"A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva"(REsp n. 164.084-SP, DJ 17.4.2000).

3. Quanto aos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, a Turma Julgadora decidiu a questão à luz das circunstâncias fáticas contidas nos autos, o que não comporta análise nesta instância, a teor do enunciado sumular n. 7/STJ.

4. Diante do exposto, autorizado pelo art. 557, CPC, não conheço do recurso.

P.I.

Brasília, 30 de abril de 2003.

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA"

A quarta posição defende que o contrato de plano de saúde enseja uma prestação de serviço médico, logo, quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica é responsável pelos serviços que estes prestam. Esse foi o entendimento firmado pela 3ª Turma do E.STJ, no julgamento do REsp 138.059-MG, do qual foi o Relator o Ministro Ari Pargendler. Observe-se a ementa transcrita a seguir:

> *(REsp 138.059/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2001, DJ 11/06/2001, p. 197) CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido.*

Nesta linha de raciocínio, parte da doutrina entende que no caso de erro médico o plano de saúde responderá de forma objetiva, bastando que o paciente comprove o dano e o nexo de causalidade entre este e a prestação do serviço para que a operadora tenha o dever de indenizar, sendo desnecessária a prova da culpa do profissional médico. Nesse caso, o plano de saúde seria um assegurador do serviço contratado.[128]

Para outros doutrinadores, a operadora privada de planos de saúde só deve vir a ser responsabilizada civilmente se ficar constatada uma conduta culposa do profissional médico que causou o dano ao paciente, sob pena de se gerar um benefício excessivo para o consumidor e um desvirtuamento do contrato firmado, que passaria a ser de resultado.[129]

CONCLUSÃO

Conclui-se, a partir do exposto, que o verbete sumular que ora se comenta consolidou o entendimento jurisprudencial majoritário que já vinha

128 BAU, Marilise Kostelnaki. O contrato de Assistência Médica e a Responsabilidadde Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 54. No mesmo sentido, SEGUIN, Elida. Plano de Saúde. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p.176.

129 LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Temas de Direito do Consumidor. Organizador: Guilherme Magalhães Martins. 1 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 296/297

sendo adotado pelos Tribunais Superiores e pelo próprio Tribunal que a editou, admitindo a responsabilidade solidária da operadora do plano de saúde por atos e omissões dos profissionais médicos e de serviços hospitalares que lhes forem credenciados.

Tal posicionamento decorre da aplicação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor às hipóteses de danos decorrentes da prestação de serviços médicos, e de toda a concepção principiológica dele decorrentes, como o princípio da proteção máxima ao consumidor.

De fato, sendo imperioso o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor contratante de planos de saúde, mormente pela dificuldade de comprovação da culpa do profissional médico causador direto do dano, já que se trata de atividade altamente técnica, sobre ele se faz necessária a tutela protetiva preconizada no CDC, com a possibilidade de reparação integral dos danos sofridos.

Neste diapasão, a operadora de plano de saúde, como fornecedora de serviços que é, enquadrando-se na norma do artigo 3º, *caput* e parágrafo 2º da Lei 8078/90, ao fornecer serviços através de médicos e hospitais credenciados, deve responder objetiva e solidariamente pelos danos por estes causados, por estar na mesma cadeia de fornecimento dos serviços prestados, na forma do artigo 34 do CDC. Além disso, responde perante o consumidor pelo risco da escolha do profissional e/ou clínica a ele credenciado.

Tal súmula, sem sombra de dúvidas, prestigia a tutela protetiva do consumidor, consolidando o entendimento jurisprudencial firmado até então.◆

SÚMULA Nº 294

"É indevida e enseja dano moral a inscrição, em cadastro restritivo de crédito, de dívida decorrente do não pagamento de tarifa bancária incidente sobre conta inativa."

Referência[130]

MARIA PAULA GOUVÊA GALHARDO
JUÍZA DE DIREITO

Sumário: 1. Características dos contratos bancários - 2. Natureza jurídica dos contratos bancários - 3. Incidência das normas de Proteção e Defesa do Consumidor - 4. Resolução n. 2.025/1993 do Banco Central - 5. Princípios da Boa fé objetiva e da transparência. Dever de indenizar - 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

Uma premissa inicial deve ser estabelecida, e diz respeito da natureza jurídica do contrato de conta corrente.

A doutrina portuguesa compreende o contrato de conta corrente como uma relação entre o cliente e o banco, obrigando-se este a receber os valores que lhe são remetidos pelo cliente ou por terceiros, bem como cumprir as ordens de pagamento do cliente até o limite de dinheiro nela depositado ou no crédito que se haja estipulado.

O Professor Joel Timóteo Ramos Pereira, assim leciona:

> "**2.** Dá-se o contrato de conta corrente quando duas pessoas (singulares ou colectivas) tendo de entregar valores uma à outra, se obrigam a transformar os seus créditos em artigos de "deve" e "haver", sendo apenas exigível o saldo final resultante da sua liquidação. Os artigos 344.º e 350.º do Código Comercial estabelecem os efeitos do *contrato* de conta-corrente, a saber:

130 Proc. 0063256-29.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Nildson Araújo da Cruz. Julgamento em 21/01/2013. Votação unânime.

a) A transferência da propriedade do crédito indicado em conta corrente para a pessoa que por ele se debita;

b) A novação entre o creditado e o debitado da obrigação anterior, de que resultou o crédito em conta corrente;

c) A compensação recíproca entre os contraentes até à concorrência dos respectivos créditos;

d) A exigibilidade só do saldo resultante da conta corrente;

e) O vencimento de juros das quantias creditadas em conta corrente a cargo do debitado desde o dia do efectivo recebimento.

- O lançamento em conta corrente de mercadoria ou títulos de crédito presume-se sempre feito com a cláusula "salva cobrança". (AUTOR: Dr. Joel Timóteo Ramos Pereira, Juiz de Direito Publicado na Revista «O Advogado», Série II, n.º 5 - Julho de 2004).

Pela definição doutrina, compreende-se que o correntista fica, então, apto a pagar suas contas sem a necessidade de ter a mão o dinheiro, utilizando-se de cheques ou mesmo cartões de débito automático. Na prática, a existência da conta corrente, facilita as operações comerciais, pertinentes a compras e carnês permitindo maior segurança e praticidade aos pagamentos à prestação, e ainda dispensa a necessidade do correntista retornar ao local onde realizou a transação (em vista os residentes em praças diferentes daquelas onde as obrigações foram contraídas).

O contrato de conta corrente bancária é um contrato bancário **típico**, os quais estão subordinados às normas do direito civil, além das Resoluções e Circulares do Banco Central.

O contrato de conta corrente é classificado segundo a natureza de sua obrigação como:

- Bilateral: os contratantes são credor e devedor, gerando direitos e obrigações para ambos. O banco obriga-se ao ser-

viço de caixa e a registrar as entradas e retiradas referentes à conta do cliente, enquanto este último obriga-se a pagar comissão, ressarcir despesas e arcar com juros quando o saldo for negativo.

• Oneroso: trazendo vantagens para ambos, os contraentes sofrem sacrifícios patrimoniais correspondentes ao proveito almejado, considerando que sobre as importâncias incidiram juros, sendo cobrados caso a conta apresente saldo negativo em algum momento.

• Por adesão: a manifestação de vontade de uma das partes – no caso cliente – se reduz à mera anuência a uma proposta da outra. Os contratos de conta correntes estipulados pelos bancos são feitos previamente, cabendo apenas ao cliente aceitar as cláusulas ou não realizar o contrato. Serão aceitas in totum as condições avençadas pela instituição, ou recusadas em sua totalidade.

• Consensual: aperfeiçoamento ocorre pela mera manifestação das vontades, independente da tradição em dinheiro, apesar do cliente, ao abrir a conta, depositar certa quantia, com o escopo de disponibilizar ao banco as ordens de pagamento, ou ainda, arrecadar pagamentos de carnês, títulos, taxas e impostos.

• Comutativo: as obrigações dos contratantes são equivalentes.

• Pré-estimados: vencem em data prevista em contrato, possuindo futuro certo.

• De execução continuada: considerando que o banco desenvolve-se sua atividade em atos contínuos, prosseguindo e se repetindo no tempo, enquanto durar o contrato, a exemplo das ordens de pagamento ou cobranças.

Muito se debateu quanto à natureza consumerista do contrato de conta corrente e dos contratos bancários em geral.

O Código do Consumidor, em seu artigo 3º, §2º, incluiu expressamente a atividade bancária no conceito de serviço. No entanto, parte da doutrina sustentou que o CDC não era aplicável aos bancos.

Entendida o Professor Arnoldo Wald que os financiamentos, empréstimos, dinheiro ou crédito não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, sendo, ao contrário instrumentos ou meios de pagamento, que circulam na sociedade e em relação aos quais não há destinatário final – a não ser, os colecionadores de moedas e o Banco Central quando retira a moeda de circulação. (O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras, RT 666/7-17)

A controvérsia foi levada ao Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, na qual se pretendia que não fossem consideradas "relações de consumo" as cadernetas de poupança, os depósitos bancários, os contratos de mutuo, os de utilização de cartões de crédito, os de seguro, os de abertura de crédito e todas as operações bancárias, ativa e passiva, sob a alegação de que o vício de inconstitucionalidade estaria na ofensa ao art. 192 da Carta Magna, visto que a regulação do Sistema Financeiro Nacional seria matéria de lei complementar, e não do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, uma lei ordinária.[131]

A ação foi julgada improcedente, garantindo-se a proteção ao consumidor.

A responsabilidade civil das instituições bancárias segue as regras definidas pelo Código de Defesa do Consumidor, e como tal de natureza objetiva.

A Súmula em comento aborda tema reiteradamente trazido aos Tribunais, qual seja a negativação decorrente de conta corrente mantida.

Como se disse no início deste estudo, o contrato de conta corrente é típico e complexo, pois, regulado por uma diversidade de normatizações.

Cuida do contrato de conta corrente a Resolução n. 2025/03 do Banco Central, que disciplina em seus artigos 12 a 14, o encerramento da conta.

131 *In*, Programa de Direito do Consumidor. Cavaliere Filho, págs. 212/213.

In verbis:

"Art. 12. Cabe à instituição financeira esclarecer ao depositante acerca das condições exigidas para a rescisão do contrato de conta de depósitos à vista por iniciativa de qualquer das partes, devendo ser incluídas na ficha-proposta as seguintes disposições mínimas:

(NR)

I - comunicação prévia, por escrito, da intenção de rescindir o contrato; (NR)

II - prazo para adoção das providências relacionadas à rescisão do contrato; (NR)

III - devolução, à instituição financeira, das folhas de cheque em poder do correntista, ou de apresentação de declaração, por esse último, de que as inutilizou; (NR)

IV - manutenção de fundos suficientes, por parte do correntista, para o pagamento de compromissos assumidos com a instituição financeira ou decorrentes de disposições legais;

(NR)

V - expedição de aviso da instituição financeira ao correntista, admitida a utilização de meio eletrônico, com a data do efetivo encerramento da conta de depósitos à vista.

(NR)

Parágrafo 1º A instituição financeira deve manter registro da ocorrência relativa ao encerramento da conta de depósitos à vista. (NR)

Parágrafo 2º O pedido de encerramento de conta de depósitos deve ser acatado mesmo na hipótese de existência de

> cheques sustados, revogados ou cancelados por qualquer causa, os quais, se apresentados dentro do prazo de prescrição, deverão ser devolvidos pelos respectivos motivos, mesmo após o encerramento da conta, não eximindo o emitente de suas obrigações legais. (NR) (Redação dada ao Art. 12 pela Resolução 2747, de 28/06/2000).
>
> Art. 13. A instituição financeira deverá encerrar conta de depósito em relação à qual verificar irregularidades nas informações prestadas, julgadas de natureza grave, comunicando o fato, de imediato, ao Banco Central do Brasil.

Observa-se dos dispositivos transcritos que, estes guardam absoluta correlação com o princípio da transparência e da boa-fé objetiva, próprios do microssistema de proteção ao consumidor.

Como bem acentua a Professora Cláudia Lima Marques: "O inciso III assegura justamente este direito básico à informação, realizando a transparência no mercado de consumo objetivada pelo art. 4º, do CDC. No CDC, a informação deve ser clara e adequada (arts. 12, 14, 18, 20, 30, 33, 34, 46, 48, 52 e 54), esta nova transparência rege o momento pré-contratual, rege a eventual conclusão do contrato, o próprio contrato e o momento pós-contratual. (...)"

O inciso IV, do art. 6º, do CDC proíbe o abuso de direito e impõe transparência e boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos. Como vimos, é possível afirmar que a boa-fé é o princípio da transparência (art. 4º, *caput)* atua como um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais. O CDC preocupa-se tanto com os aspectos pré-contratuais como com os de formação e execução dos contratos de consumo. "[132]

Na esteia desse princípio, a própria Resolução 2025/93, do BACEN, impõe seja informado ao consumidor quanto à cobrança de tarifa por conta inativa, além de definir o que considera conta inativa:

132 *In*, Manual de Direito do Consumidor, 2ª Ed, Ed. RT, 2008, pág. 58/59.

> "Art. 2º A ficha-proposta relativa à conta de depósitos à vista deverá conter, ainda, cláusulas tratando, entre outros, dos seguintes assuntos:
>
> I – (...)
>
> III - cobrança de tarifa, expressamente definida, por conta inativa;
>
> Parágrafo único. **Considera-se conta inativa**, para os fins previstos no inciso III deste artigo, a conta não movimentada **por mais de 6 (seis) meses".** (grifamos)

A par das definições trazidas pela Resolução 2025/93, subsiste, no entanto, outra questão, qual seja, esse encerramento deve ser provocado pelo consumidor ou é um dever da instituição bancária.

Sobre o tema muito oscilou a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça. Parte da jurisprudência daquela E. Corte compreende ser dever do consumidor o encerramento formal da conta corrente.

Assim, o julgamento do Recurso Especial n. 1.280.322-MG, da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino negando a divergência jurisprudencial sobre o tema:

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.280.322 - MG (2011/0197037-8)
> RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
> RECORRENTE: DANDY COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
> ADVOGADO: ROBERTO OTTO AUGUSTO DE LIMA E OUTRO(S)
> RECORRIDO: BANCO DO BRASIL S/A
> ADVOGADO: CARLOS ALBERTO BEZERRA E OUTRO(S)
>
> RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DISSÍDIOJURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.
>
> "1. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com

clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes.

2. (...)

4. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de recurso especial interposto, com apoio nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, por DANDY COMÉRCIO DE ALIMENTOSLTDA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

"DANOS MORAIS - ENCERRAMENTO DE CONTA BANCÁRIA NÃO FORMALIZADO - CONTA ATIVA - SALDO NEGATIVO - INCLUSÃO DO NOME DO CLIENTE NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – DANO AFASTADO - A não movimentação da conta corrente não autoriza o seu encerramento pelo banco, fazendo-se necessário o pedido formal do cliente para que o contrato de prestação de serviços bancários seja rescindido. Permanecendo ativa a conta corrente, as tarifas bancárias e débitos decorrentes de cheque especial, autorizadas pelo Banco Central do Brasil, são devidas, sendo lícito o seu lançamento pelo banco, inexistindo ilicitude e abusividade da conduta do banco, que assim age em regular exercício de direito, a teor do art. 188 do Código Civil" (fl. 174).

(...)

Alega, ainda, divergência jurisprudencial no tocante aos artigos 4º, III e 39, V, ambos do CDC, bem como ao artigo 422 do Código Civil, ao argumento de que outros Tribunais Estaduais consideram como ilícita a cobrança de débito constituído por

tarifa de serviços bancários de conta inativa, ainda que ausente formalização de pedido de encerramento.

Requer, assim, o provimento do recurso especial.

É o relatório.

Passo a decidir.

(...)

No que toca à apontada divergência jurisprudencial, melhor sorte não socorre o recorrente, eis que deve ser demonstrada com a indicação das circunstâncias fáticas que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

No caso concreto, não houve a demonstração da similitude fática entre os acórdãos paradigma e recorrido, inviabilizando, assim, a análise do recurso especial quanto ao ponto. A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ALÍNEA "C". NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. APELAÇÃO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. ART. 514, II, DO CPC. DESCUMPRIMENTO. (...)

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial.

Intimem-se".

Brasília (DF), 26 de outubro de 2012.

MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Relator

Com idêntica sistemática, foi decidido o Recurso Especial n. 1187759, no qual a questão de fundo deixou de ser conhecida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, confirmando o acórdão recorrido que pugnava pela legalidade da cobrança de tarifa em conta corrente inativa.

Processo REsp 1187759
Relator(a) Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA
Data da Publicação: 07/11/2012
Decisão
RECURSO ESPECIAL Nº 1.187.759 - RS (2010/0055978-8)
RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
RECORRENTE : LUCIANO GALLAS
ADVOGADO : DANIELA RAMOS FERREIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : BANCO SANTANDER BANESPA S/A
ADVOGADO : JEFERSON ANTÔNIO ERPEN E OUTRO(S)
DECISÃO.

"Trata-se de recurso especial interposto por LUCIANO GALLAS, com fundamento no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da CF, contra acórdão do TJRS, assim ementado (e-STJ fl. 206):

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. CONTA CORRENTE. AUSÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO. FALTA DE PEDIDO DE ENCERRAMENTO PELO CORRENTISTAS. DANOS MORAIS.

Não tendo o autor comprovado que formulou pedido de encerramento da conta corrente, subsiste o débito que tem origem na incidência de tarifas e encargos referentes à manutenção de conta aberta e não movimentada. Pretensão declaratória de inexigibilidade de débito e indenização por danos morais desacolhida.

APELAÇÃO PROVIDA.

RECURSO ADESIVO PREJUDICADO".

Os embargos de declaração opostos contra o acórdão de apelação foram rejeitados (e-STJ fl. 219).

(...)

O recorrente, em sede de recurso especial, além da divergência jurisprudencial, aduz violação do art. 2º da Resolução n. 2.025 doassem, alegando que considera-se inativa a conta

não movimentada por mais de 6 (seis) meses e que a "a inatividade da conta acarreta obrigatoriamente o seu encerramento" (e-STJ fl. 232). Aduz, ainda, ser desnecessário que o correntista comprove o encerramento da conta.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal a quo (e-STJ fls. 259/261).

É o relatório.

Decido.

O recurso especial não possui condições de admissibilidade pela alínea "a" do permissivo constitucional, uma vez que o recorrente não indica os dispositivos legais supostamente violados pelo acórdão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula. 284/STF:

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Nesse viés destaco, dentre os numerosos precedentes desta Corte, os seguintes julgados:

(...)

Ademais, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não constitui hipótese de cabimento de recurso especial a violação de atos normativos regulamentares, como as resoluções. Nesse sentido:

(...)

1. A contrariedade à Resolução do BACEN não é passível de análise em sede de recurso especial, uma vez que não se encontra inserida no conceito de lei federal, nos termos do art. 105, inciso III, da Carta Magna.

> 2. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida. In casu, o acórdão recorrido enfrentou os temas abordados no recurso de apelação relativos ao amparo legal do lançamento tributário.
>
> (...)
>
> Diante do exposto, CONHEÇO do agravo e NEGO-LHE PROVIMENTO, nos termo do art. 544, § 2º, II, "a", do CPC.
>
> Publique-se e intimem-se".
>
> Brasília-DF, 23 de outubro de 2012.
>
> Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA
>
> Relator

A 5ª turma do TRF da 1ª região entendeu[133], por unanimidade, que é ilegal a cobrança de tarifas em conta-corrente inativa. O pedido foi feito por um morador de Brasília que questionou os débitos em sua conta mantida na CEF.

O cliente recorreu à Justiça para anular um débito de 2003, no valor de R$ 347,80 e pedir indenização por danos morais, após ter o nome incluído no Serasa. Em 2005, os juros e correções fizeram a dívida saltar para R$ 2.292,98.

O correntista alegou haver feito a última movimentação na conta em abriu de 2002, quando resgatou um título de capitalização no valor de R$ 739,65 para cobrir a dívida do cheque especial, restando um saldo positivo de R$ 57,79. Posteriormente, abriu nova conta em outra agência da CEF, onde passou a fazer suas transações bancárias. Em setembro de 2003, fez o pedido de encerramento da primeira conta, quando lhe foi apresentado o débito de R$ 347,80.

133 Processo: 0001515-80.2006.4.01.3400

De acordo com a instituição financeira, o montante corresponde à cobrança mensal da tarifa denominada "CESTA", no valor de R$ 12 debitados a título de taxa de manutenção. Sobre esse valor incidiram, ao longo do período em que a conta ficou inativa, juros, IOC, CPMF e tarifa de excesso de limite.

Na 5ª turma, a desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, relatora do recurso, considerou o débito ilegal, por estar em desconformidade com a resolução 2.025/93 do Banco Central do Brasil. O artigo 2.º, inciso III, veta a cobrança de tarifas sobre contas consideradas inativas, ou seja, sem movimentação por mais de seis meses. "Considerando que a última movimentação da conta foi em abril de 2002 [...] a partir de outubro do mesmo ano somente é devida a tarifa por conta inativa, desde que devidamente entabulada no contrato", afirmou Selene.

A magistrada, entretanto, negou a retirada do nome do correntista junto ao Serasa e o consequente pagamento de indenização por dano moral, por entender que o cliente deveria ter solicitado o encerramento da conta assim que fez o resgate do título de capitalização. "Não podendo ser imputado à CEF o ato ilícito, uma vez que o autor contribuiu para a inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, não há que se falar na reparação por dano moral reivindicada nestes autos", destacou, seguindo entendimento do tribunal em casos semelhantes.

Em que pese a orientação das decisões apontadas, observamos que a solução da questão não pode perder de vista os princípios norteadores do Direito do Consumidor, aqui, já transcritos, em especial, no que se refere ao direito de informação, transparência e boa-fé objetiva.

Nesse contexto, não resta dúvida de que cabe à instituição financeira demonstrar que foram observados esses princípios com a precisa informação ao consumidor do dever de formalizar o encerramento da conta corrente sob pena de arcar com o pagamento das tarifas.

Por seu turno, não se pode exigir do consumidor prova solene do ato de encerramento, a uma por ser ato de vontade não solene, a duas, por estar o consumidor submetido às práticas bancárias, não dispondo de meios coercitivos para exigir tal prova.

Sob esse prisma, forçoso concluir que o ônus da prova decorre da atividade e da supremacia do Fornecedor, de tal, sorte que, pairando dúvida, deve ser privilegiada a hipossuficiência do consumidor.

Considerando essas vicissitudes, a jurisprudência do E, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem compreendendo ser ilegal a cobrança de tarifa por conta corrente mantida por mais de 6 (seis) meses, hipótese, em que a negativação decorrente do débito tarifário será suficiente à caracterização do dano moral.

> DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 05/12/2012 - QUARTA CÂMARA CÍVEL
>
> "AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL –(...)
>
> DO MÉRITO - DIREITO DO CONSUMIDOR - APELAÇÕES CÍVEIS DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL - CONTRATO DE CONTA CORRENTE - AUSÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO - RESOLUÇÃO BACEN 2025/93 QUE VEDA A COBRANÇA DE TARIFAS INCIDENTES EM CONTAS INATIVAS POR MAIS DE SEIS MESES - FALHA DO DEVER DE INFORMAÇÃO, COOPERAÇÃO E LEALDADE POR PARTE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - DANO MORAL IN RE IPSA - INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA AUTORA NOS CADASTROS RESTRITIVOS AO CRÉDITO - DANO MORAL CONFIGURADO - VALOR ARBITRADO AQUÉM DO QUE SE AFIGURA RAZOÁVEL À HIPÓTESE - MAJORAÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO A TÍTULO DE DANO MORAL - SENTENÇA QUE SE REFORMA. RECURSO PRINCIPAL QUE RESTOU ASSIM SUBEMENTADO: 1. Cuida-se de apelação contra sentença de procedência em demanda declaratória de inexistência de dívida cumulada com indenizatória, movida por correntista em face de instituição financeira, tendo como causa de pedir a cobrança de tarifas incidentes sobre conta inativa, bem como a inscrição do nome da consumidora nos cadastros restritivos ao crédito. 2. Relação de consumo. CDC. Teoria do risco do empreendimento. 3. Violação por parte da instituição financeira dos deveres anexos, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, especialmente dos deveres de informação, cooperação

e lealdade. 4. Incidência da Resolução nº 2025/93 do BACEN que veda a cobrança de tarifas sobre contas inativas, assim consideradas as que se encontram sem movimentação por mais de seis meses. 5. A cobrança de tarifas pelo simples fato de os serviços estarem à disposição do correntista descaracteriza a sua natureza contraprestacional, transfigurando-se em verdadeira taxa, consoante os artigos 145, II, da CRFB/88 e 77 do CTN. Todavia, como os bancos não têm o poder de instituir tributos, constitui prática abusiva a cobrança de tarifa bancária por serviços não prestados. 6. Dano moral in reipsa. 7. Enunciado nº 22 do Encontro de Desembargadores Cíveis - Aviso nº 97/2011: "É indevida e enseja dano moral a inscrição em cadastro restritivo de crédito decorrente de não pagamento de tarifa bancária incidente sobre conta inativa". 8. Negativação efetivada em 08/08/2011, sendo comunicada a baixa em 09/12/2012. Ou seja, o autor permaneceu inscrito nos cadastros de inadimplentes por período superior a um ano. 9. Quanto à verba a ser fixada, é de se dizer que o valor deve se mostrar razoável e proporcional às angústias e danos sofridos pela parte autora, levando-se em conta o caráter punitivo-pedagógico da condenação, bem como a extensão do dano, e sem permitir que a mesma gere um enriquecimento indevido. 10. Majora-se o quantum fixado pelo magistrado de 1º grau (R$ 5.000,00), para o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais), que se mostra mais adequado ao caso e em consonância com os critérios supra mencionados. NEGA-SE PROVIMENTO AO AGRAVO."

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 05/12/2012 (*)**1649223-53.2011.8.19.0004 – APELACAO.**

Por fim, destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça em precedente da lavra do culto Ministro Luiz Felipe Salomão, ainda que indiretamente, compreendeu correta a solução adotada pela súmula em comento.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.379.761 - SP (2011/0004318-8)

AGRAVANTE : BANCO SANTANDER BRASIL S/A ADVOGADOS: CECILIA DE OLIVEIRA CRESPI E OUTRO(S) CHRISTIANO PEREIRA CARLOS E OUTRO(S)ISABELA BRAGA POMPILIO E OUTRO(S) MARIA GABRIELA ANDRE LINS E OUTRO(S)

AGRAVADO : MARIA LÚCIA RIBEIRO ALVES ADVOGADO : MARCOS ROBERTO RIBEIRO DA SILVA E OUTRO(S) RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

"1. Cuida-se de agravo regimental interposto por BANCO SANTANDER BRASIL S/A em face da decisão de fls. 367/368, na qual este relator negou provimento ao agravo de instrumento do banco, com base nos seguintes fundamentos: "2.1. A conclusão a que chegou o Tribunal a quo, acerca do reconhecimento da ocorrência de danos morais indenizáveis, decorreu de convicção formada em face dos elementos fáticos existentes nos autos. Rever os fundamentos do acórdão recorrido importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal (Súmula 7/STJ) e impede o conhecimento do recurso por ambas alíneas. 2.2. Nos termos da jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, a revisão de indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No caso, a quantia mantida pelo acórdão impugnado, qual seja, R$ 10.000,00 (dez mil reais) não se revela excessiva, considerando-se os parâmetros adotados por este Tribunal Superior, que prelecio-na ser razoável a condenação em valor equivalente a até 50 (cinqüenta) salários mínimos por indenização decorrente de danos morais, no caso de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes (REsp 295.130/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 04.04.2005). (...)" (fl. 367) Sustenta o agravante, em suma, que a questão não encontra óbice na Súmula 7/STJ. Além disso, insiste que o valor indenizatório é exorbitante. É o relatório.

(...)

2. Não prospera o inconformismo. 2.1. Quanto à configuração do dano moral, extrai-se do aresto recorrido o seguinte trecho: "o próprio réu confessou com sua resposta os fatos alegados na inicial, ao confirmar que durante dois anos realmente lançou encargos financeiros e de manutenção na conta corrente inativa da autora. Também restou demonstrado nos autos que o réu determinou a negativação do nome da autora junto aos cadastros dos órgãos restritivos de crédito (fls. 24/25), ocasionando a perda do seu limite de cheque especial, na conta corrente que mantinha numa das agências do Banco Bradesco S/A, culminando com a devolução de um cheque emitido (fls. 27)." (fl. 174) Assim sendo, como afirmado na decisão agravada, a conclusão a que chegou o Tribunal a quo, a respeito da existência de dano moral indenizável, decorreu de convicção formada em face dos elementos fáticos existentes nos autos. Rever os fundamentos do acórdão recorrido importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal (Súmula 7/STJ) e impede o conhecimento do recurso por ambas alíneas. Nesse sentido, confira-se o aresto abaixo: (...)

Além disso, é consolidado nesta Corte o entendimento de que a inscrição ou a manutenção indevida em cadastro de inadimplentes gera, por si só, o dever de indenizar e constitui dano moral in reipsa, ou seja, dano vinculado a própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos. Nesse sentido, confira: (...)

3. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. É o voto".

CONCLUSÃO:

Do exame detido da jurisprudência e da doutrina, com especial destaque para os princípios norteadores da relação de consumo, conclui-se que acertada a Súmula sugerida, refletindo a melhor interpretação do microssistema de proteção e defesa do consumidor.◆

BIBLIOGRAFIA

CARVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 3ª. Ed. – São Paulo, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Cotnratos no Código de Defesa do Consumidor. 3ª. Ed. – Ed. Revista dos Tribunais. SP – 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 2ª Ed. - Ed. RT. 2008.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos.

AUTOR: Dr. Joel Timóteo Ramos Pereira. Revista «O Advogado», Série II, n.º 5 - Julho de 2004.

SÚMULA Nº 295

Na hipótese de superendividamento decorrente de empréstimos obtidos de instituições financeiras diversas, a totalidade dos descontos incidentes em conta corrente não poderá ser superior a 30% do salário do devedor.

Referência[134]

GUSTAVO QUINTANILHA TELLES DE MENEZES
JUIZ DE DIREITO

A Súmula nº 295 consolida entendimento pacificado no TJERJ que vem ao encontro da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AgREsp Nº 159.654 – RJ, AgRg no Ag 1409733 / RS), firmado no sentido de que os descontos em folha de pagamento decorrentes de empréstimo consignado ou na conta corrente em que o devedor recebe sua remuneração, devem obedecer ao limite de 30% da remuneração, tendo em vista o caráter alimentar dos vencimentos.

O objetivo das disposições, ao fixar percentual máximo para os descontos consignáveis nos vencimentos do servidor público é evitar que este seja privado de recursos indispensáveis à sua sobrevivência e a de sua família. Essas determinações encontram amparo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a teor do art. 1º, inciso III, da CRFB.

O desconto em folha de pagamento, mediante consignação, deve ocorrer apenas como meio de facilitar o pagamento da dívida, não como garantia de pagamento, sob pena de afronta ao princípio da impenhorabilidade de vencimentos, insculpido no art. 649, IV, do CPC. O mesmo se aplica à conta corrente em que o devedor recebe sua remuneração.

Assim, as consignações devem continuar a ser efetuadas, respeitando, todavia, o limite máximo previsto nas legislações pertinentes e na jurisprudência.

134 Proc. 0063256-29.2011.8.19.0000. Relator: Desembargador Nildson Araújo da Cruz. Julgamento em 21/01/2013. Votação unânime.

Note-se que, as normas que permitem o crédito consignado e o débito em conta-salário, ou conta em que o devedor recebe vencimentos, possibilitam ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao agente financeiro.

Por outro lado, por meio de salutar dirigismo contratual, impõe limitações aos negócios jurídicos firmados entre os particulares, prevendo, na relação privada, o respeito à dignidade humana, pois impõe, com razoabilidade, limitação aos descontos que incidirão sobre a verba alimentar, sem menosprezar a autonomia da vontade.

É inadmissível ao banco credor a apropriação de vencimentos de correntista que lhe são confiados em depósito em conta, como forma de quitação de parcelas inadimplidas de contratos de mútuo bancário. Por isso, mesmo com cláusula contratual permissiva, a apropriação do salário do correntista pelo banco-credor para pagamento de cheque especial é ilícita e dá margem a reparação por dano moral.◆

SÚMULA Nº 300

"Em respeito ao princípio constitucional da isonomia, os serventuários que não integraram o polo ativo da Ação Ordinária nº. 002420-36.1988.8.19.0000 fazem jus, a exemplo dos autores da referida ação, ao reajuste de 24% em seus vencimentos, bem como à percepção das diferenças, a serem pagas de uma única vez, devidamente corrigidas desde a data do pagamento efetuado àqueles, compensando se os valores já quitados, por força do Processo Administrativo nº 2010.259214, observado a prescrição quinquenal, a contar da propositura de cada demanda, bem como as condições pessoais e funcionais de cada serventuário, incidente Imposto de Renda e verbas previdenciárias por se tratarem de diferenças vencimentais".

Referência[135]

CLÁUDIA MARIA DE OLIVEIRA MOTTA

JUIZA DE DIREITO

Para a análise do verbete sumular acima referido valem algumas considerações sobre a isonomia. Do grego ισονομία, a palavra isonomia, etmologicamente, tem o seguinte significado: ("isos" igual) + ("nomos" lei, norma, costume), ou seja, "igualdade perante a lei". Historicamente tem-se a isonomia como um dos pilares da democracia Ateniense.

No Brasil, isonomia é um princípio estabelecido no topo da pirâmide jurídica e positivado a partir da Constituição de 1934, no artigo 113, 1, que dispunha: "1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas."

E na atual Carta Magna, no artigo 5º, com o seguinte texto: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

135 Uniformização de Jurisprudência nº. 0064836-60.2012.8.19.0000 Julgamento em 02/12/2013 - Relator: Desembargador Claudio de Mello Tavares. Votação por maioria.

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes".

O Princípio da Isonomia teve ascensão topográfica no texto constitucional de 1988 no decorrer dos anos, estando consolidado na Jurisprudência há décadas. Longe de ser apenas um conceito formal de igualdade, deve ser interpretado como instrumento de concretização da justiça e aplicado na concepção do discurso elaborado pelo eminente Jurista Rui Barbosa, paraninfo dos Formandos da Turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo, que mesmo ausente à solenidade de formatura, deixou nas mãos do Professor Reinaldo Porchat a leitura da grande lição de igualdade. Vale destacar um trecho das sábias palavras do memorioso Jurista:

> *"... A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria. Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho...".*

A Súmula 300 foi resultado de uniformização de jurisprudência ante a divergência de entendimentos nos julgados deste Tribunal nos feitos movidos pelos servidores do Poder Judiciário deste Estado objetivando a extensão do reajuste salarial, concedido aos demais funcionários da mesma categoria no feito ajuizado nos idos de 1988 – processo nº. 0024210

36.1988.8.19.0001. Ancorados na declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei Estadual nº1206/87, reconhecida nos autos do mandado de segurança nº 583/1987l, os integrantes da ação paradigma postularam a recomposição da perda salarial ocasionada pela inflação, à época. É de se esclarecer que o artigo 1º da Lei Estadual nº1206/87 concedeu o reajuste de 70,5% a todo o funcionalismo público, excetuando todos os servidores da Justiça Fluminense. Questões como a aplicação da Súmula 339 do STF, distinção entre reajuste setorial e revisão geral anual, prescrição, efeito inter partes, foram exaustivamente discutidas. Confira-se o histórico da controvérsia na ementa do mandado de segurança nº 583/1987l.

> *"Trata-se de Mandado de Segurança ajuizado por decorrência do art. 5º, da Lei Estadual nº 1.206, de 15 de outubro de 1987, que excluiu os servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro do reajuste geral de vencimento e proventos, que na época alcançou 70,5%. Os exequentes, servidores do Poder Judiciário, obtiveram a concessão da ordem para que fossem também, por extensão, beneficiados com o reajuste geral, na mesma proporção dos demais servidores civis deste Estado. O v. acórdão, que transitou em julgado, reconheceu a inconstitucionalidade do mencionado art. 5º, da Lei Estadual nº 1.206 e teve por fundamento central a distinção entre aumentos e reajustes: os primeiros corresponderiam a acréscimos efetivos nos vencimentos e proventos dos servidores públicos; os últimos corresponderiam apenas à recomposição do valor de compra de tais ganhos, nas épocas em que ficam sujeitos à inflação monetária. À vista desta distinção, o julgado reconheceu que enquanto os aumentos, ligados a causas internas de cada categoria, podem ser restritos a determinados grupos de servidores, os reajustes, ligados a uma única causa externa que a todos sujeita – a corrosão da moeda, deverão ser obrigatoriamente gerais e uniformes. Por isso é que considerou inconstitucional o dispositivo da Lei Estadual nº 1.206/87 que, na prática, negava o reajuste monetário aos serventuários, ao mesmo tempo em que o concedia aos demais servidores civis. No mesmo sentido reconheceu a licitude constitucional da Lei Estadual nº 1.181/87, que dias antes havia concedido aumento exclusivo para os*

servidores do Poder Judiciário, porque, nesse caso, tratava-se realmente de aumento, sem a obrigação de alcançar todas as categorias de servidores civis. Mais adiante, já por ocasião dos atos preparatórios para a execução do julgado, foi proferida a decisão de fls. 1.432, com o seguinte teor:

"Atendendo a informação de fls. 1.423 do Sr. Secretário-Chefe da Secretaria de Administração, o percentual a que fazem jus os impetrantes é de 36,4% (trinta e seis vírgula quatro por cento), calculados sobre os vencimentos de tais servidores, desde 30.09.87 (data do ajuizamento do Mandado de Segurança), como determina o art. 1º da Lei nº 5.021/66, até 03.03.89, início da vigência da Lei nº 1.445, de 05.04.89, que, ao fixar o valor do índice 1.000, incorporou as vantagens da Lei nº 1.206/87."

Vê-se, portanto, que a decisão transcrita enclausurou as diferenças salariais devidas aos impetrantes no período compreendido entre a data da impetração do mandamus e 03.03.89, a partir de quando se produziram os efeitos financeiros da Lei Estadual nº 1.445, de 05.04.89, que alterou o valor do índice 1.000, da Lei 793/89. Em outras palavras: a decisão de fls. 1.432 reconheceu ser possível ou necessário descontar do percentual de 70,5% devido aos impetrantes outros acréscimos a eles concedidos, de modo que, feitas as deduções, só faltavam, então, para o cumprimento do julgado, 36,4% no período mencionado e mais nada a partir de 03.03.89. Houve o reconhecimento de que a Lei Estadual nº 1.445, de 05 de abril de 1989, ao alterar o índice 1.000, da Lei nº 793/84, beneficiando exclusivamente os servidores do Poder Judiciário, foi o remédio final para compensar a inconstitucionalidade reconhecida pela v. acórdão executado. A partir da data de seus efeitos financeiros (03.03.89) nada mais seria devido aos impetrantes. Salvo alguns aspectos secundários, a decisão de fls. 1.432, que tem nítido caráter de liquidação do julgado, não sofreu qualquer impugnação. Passaram-se mais de 16 anos sob esta afirmativa incontroversa – a de que não havia mais nenhum percentual remanescente devido aos impetrantes – até que sobreveio o pedido de fls. 6626/6630, quando requereram tratamento idêntico ao dado aos autores do processo 0024210-36.1998.8.19.0001, com o pagamento do percentual de 24% mediante o

imediato reajuste de seus vencimentos ou proventos. Embora já fosse possível antever a inovação trazida na pretensão dos impetrantes - executar novamente o julgado, desta vez com base em liquidação efetuada em outra demanda - foi proferido o despacho para intimação do Estado e cumprimento da obrigação, com a implementação do pagamento, nos termos do acórdão proferido neste processo (fls. 6.649, segunda parte). O Estado do Rio de Janeiro apresentou embargos de declaração e pedido de reconsideração afirmando que já havia cumprido o julgado e que seria impossível o aproveitamento de índice encontrado em demanda judicial da qual os impetrantes não fizeram parte. Os impetrantes insistiram aduzindo que a decisão proferida às fls. 1432 não se coaduna com a informação prestada pela Secretaria de Administração e, muito menos, com o texto da Lei 1445/89, não havendo, em nenhum momento qualquer referência à alegada incorporação das vantagens da Lei 1206/87; que a manifestação de fls. 1426/1427 do Estado do Rio de Janeiro não faz qualquer referência a tal incorporação, portanto, ultra petita, nula nos termos do art. 760 do CPC, foi aquela decisão; que o patrono dos impetrantes não foi intimado por diário oficial e, por isso, não houve trânsito em julgado; o reajuste de 24% foi concedido não só aos autores do processo 0024210-36.1988.8.19.0000, mas também a todos os serventuários do poder Judiciário, por decisão administrativa. A Procuradoria Geral de Justiça oficiou às fls. 6.730 pelo indeferimento do pleito dos requerentes por entender que a pretensão ultrapassa os limites da coisa julgada. Em que pese a veemência dos argumentos apresentados pelos impetrantes, seu pleito não merece acolhimento. Não há qualquer vício na decisão de fls. 1.432, que não pode mais ser modificada. É irrelevante que, eventualmente, o patrono dos impetrantes não tenha sido explicitamente intimado na ocasião. A verdade é que a decisão foi sim publicada, isto é, dada a público através da entrega em mãos do escrivão e, ademais, o advogado teve vista dos autos em diversos outros momentos, se manifestou sobre ela e, sobretudo, deu iniciou à execução do julgado, que foi totalmente cumprido no caso da maioria dos impetrantes. A execução do julgado, por sua vez, foi toda presidida pelo reconhecimento de que não havia percentuais pendentes de satisfação a partir de 03.03.89.

Nunca houve qualquer cogitação, discussão ou postulação que dissesse respeitos aos dias posteriores a 03.03.89. Mais do que qualquer ou-

tra coisa, é a conduta dos exequentes que confirma não só a plena ciência, mas o pleno acatamento da decisão liquidatória de fls. 1.432. É certo que em outro processo, com partes diversas, entendeu-se de forma diferente, admitindo-se o resquício de 24% (dos vencimentos), contudo, tanto esta demanda, como aquela, estão sujeitas aos limites objetivos (quanto aos índices encontrados) e subjetivos (quanto aos serventuários que efetivamente fizeram parte) do processo. Repita-se: não se pode aqui aceitar o índice obtido em liquidação realizada em outra demanda e autorizar uma nova execução. E não se trata de mero apego às formalidades. O que deu causa ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 5°, da Lei nº 1.206/87, foi a discriminação indevida e a consequente defasagem na remuneração percebida pelos servidores do Poder Judiciário, em relação à remuneração dos demais servidores civis do Estado do Rio de Janeiro. Neste contexto, é plenamente razoável que outros atos normativos que tenham contemplado exclusivamente os servidores do Judiciário, reduzindo, com isso, a defasagem trazida pelo dispositivo inconstitucional, sejam considerados para fins de abatimento no percentual devido, isto, entre outras razões, em prestígio ao próprio acórdão executado, cuja razão de ser é extirpar a discriminação e não criar outra, agora em favor dos serventuários. Já quanto ao processo que os impetrantes usam emprestado para sustentar seu alegado direito (nº 0024210-36.1988.8.19.0001), a decisão cuja cópia se encontra às fls. 6.631/6.632 revela que alguns aumentos ou reajustes conferidos exclusivamente aos servidores do Poder Judiciário não foram considerados para mitigar as diferenças então existentes, adotando-se o entendimento de que não havia neles previsão expressa para tal finalidade. Este posicionamento que privilegia a forma em detrimento do conteúdo é que fez surgir os afamados 24%, os quais somente podem ser considerados como percentuais remanescentes devidos aos autores daquela ação. Neste mandado de segurança prevaleceu o entendimento igualmente respeitável de não ignorar o reajuste concedido exclusivamente aos servidores do Poder Judiciário e considera-lo eficaz para reduzir a defasagem perante outros servidores civis, que não tenham sido igualmente contemplados, independentemente de haver ou não previsão expressa para esta finalidade. Há, enfim, consenso sobre a inconstitucionalidade do art. 5°, da Lei 1.206/87, a respeito da qual não há mais qualquer

margem para discussão. O mesmo não se pode dizer quanto ao percentual de 24%, eis que não se trata de matéria incontroversa, ou que se possa aplicar nestes autos, ou que se possa reconhecer judicialmente de forma indiscriminada. Nem mesmo a decisão do então Presidente do Tribunal Justiça proferida no processo administrativo 2010-259214, que, parceladamente, estendeu os 24% a todos os servidores do Poder Judiciário, justifica o pedido dos impetrantes. Na verdade, a decisão administrativa proferida à luz dos princípios elencados no art. 37, da Constituição da República produz seus efeitos em órbita diversa da judicial e é, obviamente, incapaz de prejudicar ou incrementar direitos reconhecidos, sobretudo aqueles objeto de decisões transitadas em julgado. A referida intervenção administrativa teve como fim, em razão da disparidade de padrões remuneratórios que ficaria estabelecido no âmbito do Poder Judiciário, a constituição de uma situação de igualdade e justiça, prevenindo a instabilidade e os conflitos que seriam gerados com a coexistência de remunerações distintas. Não contemplou um eventual direito que pudesse existir, por exemplo, antes da impetração do presente mandamus, mas um problema prático relevante, muito posterior, decorrente de processo judicial ajuizado por centenas de servidores, cujo acolhimento acabou ensejando a disparidade de remuneração. Trata-se de decisão fincada no poder discricionário e com exame do mérito, da conveniência e da oportunidade administrativos, que não pode ultrapassar os limites nela assinalados, estendendo-se a período pretérito, nem tem o condão de modificar a coisa julgada e atribuir direitos afetados pela preclusão em processo judicial. A decisão administrativa beneficiou os impetrantes (inclusive os aposentados, posteriormente incluídos), não lhes prejudicou direitos, nem trouxe vantagens que pudessem produzir efeitos nestes autos.

Ante o exposto, reconsidero a decisão de fls. 6649 e indefiro o pleito de extensão aos impetrantes dos efeitos da decisão proferida nos autos do processo 0024210-36.1998.8.19.0001, ficando restrita a execução neste feito aos valores eventualmente devidos no período e no percentual definidos na decisão de fls. 1432".

A celeuma dos demais servidores não amparados pela decisão judicial teve solução quando, em 2010, foi proferida decisão administrativa que determinou a implantação do reajuste salarial de 24% (vinte e quatro por

cento), só que em quatro parcelas anuais, a partir de 2011 e neste contexto, em que pese a iniciativa da Presidência do E. Tribunal de Justiça tem-se que o deslinde da quaestio mitigou a isonomia.

Por derradeiro, vale destacar que decorridos vinte e sete anos da edição da Lei Estadual nº1206/87, resta-nos lembrar dos conselhos do brilhante jurista antes citado:

> *"Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade".* ◆

SÚMULA Nº 301

> "A previsão de parcelas pré-fixadas não afasta a possibilidade de cobrança de juros remuneratórios capitalizados nos contratos de mútuo, devendo eventual abusividade ser demonstrada à luz da prova pericial e do direito do consumidor à informação clara e adequada sobre as cláusulas contratuais".

Referência [136]

LUCIANO SILVA BARRETO
DESEMBARGADOR

O presente trabalho tem o escopo de abordar a origem e os principais aspectos do enunciado sumular em apreço, à luz da doutrina consumerista e da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O primeiro ponto discutido é quanto à prova técnica no que pertine ao pedido de revisão de cláusula contratual, cuja matéria de mérito versa tão somente acerca de questões de direito. Nesta hipótese afigura-se desnecessária e impertinente a sua produção, por decorrer da possibilidade de o julgador formar a sua convicção a partir de outros elementos constantes dos autos, especialmente a prova documental, mormente nos contratos bancários, na interpretação dada aos artigos 130 e 131 do CPC.

Esse, inclusive, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que parece ser contrário ao esposado no verbete sumular deste Tribunal ora em comento:

> "RECURSO ESPECIAL – LEASING. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. LIMITE DA DEFESA DO ARRENDATÁRIO. 1. **Não há cerceamento de defesa nas circunstâncias do presente caso, sendo certo que eventuais abusos nas cláusulas contratuais podem ser auferidos sem a necessidade de perícia ou de oitiva de teste-**

136 Referência: Uniformização de Jurisprudência nº. 0009812 44.2012.8.19.0001, Julgamento em 07/10/2013 - Relator: Desembargador Luiz Fernando de Carvalho. Votação unânime.

> **munhas**. 2. Na ação de reintegração de posse, relativa a contrato de arrendamento mercantil, pode o arrendatário discutir a legalidade de cláusulas contratuais. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (Recurso Especial nº 290594/PR (2000/0127073-7), 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. J. 15.10.2001, Publ. DJU 04.02.2002, p. 348)".

Superada a barreira processual, passa-se ao exame das questões de mérito.

A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) é aplicável aos contratos bancários, levando em conta que há uma prestação de serviços, estabelecendo-se uma relação de consumo entre a instituição financeira e o cliente consumidor.

A questão restou pacificada no Egrégio Superior Tribunal de Justiça que editou o verbete nº 297 da sua Súmula de jurisprudência dominante: ***"O Código de Defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras"*** (Segunda Seção, julgado em 12/05/2004, DJ 09/09/2004, p. 149).

No entanto, a efetiva aplicação do Código de Defesa do Consumidor depende da comprovação de eventual abusividade no caso concreto, sobretudo o dever de informação ao consumidor, estatuído nos seus artigos 4º, 6º, 31, 46 e 54 do CDC, e do seu corolário que é o princípio da transparência.

Nessa linha de compreensão é o magistério de CLÁUDIA LIMA MARQUES[137]:

> *"A grande maioria dos contratos hoje firmados no Brasil é redigida unilateralmente pela economicamente mais forte, seja um contrato aqui chamado de paritário ou um contrato de adesão.* ***Segundo instituiu o CDC, em seu art. 46, in fine, este fornecedor tem um dever especial quando da elaboração desses contratos, podendo a vir ser punido se descumprir este dever tentando tirar vantagem da vulnerabilidade do consumidor.*** *(...)*

137 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 821-822.

> ***O importante na interpretação da norma é identificar como será apreciada 'a dificuldade de compreensão' do instrumento contratual. É notório que a terminologia jurídica apresenta dificuldades específicas para os não profissionais do ramo; de outro lado, a utilização de termos atécnicos pode trazer ambiguidades e incertezas ao contrato".*** *(grifei)*

No sentido é o lapidar julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa é a seguir transcrita:

> "1. **A contratação expressa da capitalização de juros deve ser clara, precisa e ostensiva, não podendo ser deduzida da mera divergência entre a taxa de juros anual e o duodécuplo da taxa de juros mensal.** 2. Reconhecida a abusividade dos encargos exigidos no período de normalidade contratual, descaracteriza-se a mora. 3. Recurso Especial não provido. (STJ – REsp 1.302.738; Proc. 2011/0257601-3; SC; Terceira Turma; Relª Minª Nancy Andrighi; Julg. 03/05/2012; DJE 10/05/2012).

Desta forma, não parece possível aceitar a mera presunção de ajuste mediante cláusulas implícitas nos contratos bancários, em especial o de mútuo feneratício, que é o objeto deste trabalho.

A moderna doutrina consumerista e contratual tem procurado definir os **"juros abusivos"**, como sendo aqueles cobrados de forma que exceda os limites previstos na legislação que lhe seja peculiar. Os juros, na hipótese, tanto podem ser excessivos quanto à remuneração (juros remuneratórios), ou então com efeito punitivo (juros moratórios).

Para os fins deste trabalho, contudo, somente será feita uma reflexão acerca da cobrança abusiva dos juros remuneratórios, enfocados como encargo de financiamento bancário.

Por esta ótica, a doutrina vem se posicionando no sentido de que há exorbitância na cobrança dos juros remuneratórios quando excede à taxa média aplicada pelo mercado bancário.

Com esse enfoque, releva trazer à baila o magistério de ARNALDO RIZZARDO[138], no sentido que ***na fixação de juros abusivos, adota-se a taxa de mercado, cumprindo que venha comprovada,*** embasado em julgado do Superior Tribunal de Justiça (EAREsp 645.681/RS, 3ª T., j. 20.10.2005), cuja ementa a seguir é adunada:

> ***"As taxas de juros praticadas no país são inequivocamente altas, mas resultam diretamente da política econômica do governo (agravadas por outros fatores, tais como os níveis de inadimplência, tolerância do Judiciário com os maus pagadores etc.); do ponto de vista jurídico, são abusivos apenas os juros que destoam da média do mercado sem estarem justificados pelo risco próprio do negócio – circunstâncias cujo reconhecimento depende de prova pericial."***

Em isoédrica cadência é o entendimento do aludido Tribunal Superior adotado no julgado a seguir colacionado:

> "1. **Conforme jurisprudência pacífica do STJ, as instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33), Súmula nº 596/STF; a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica cobrança abusiva; são inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591, c/c o art. 406 do CC/2002; é admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a cobrança abusiva (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto**. 2. A eg. Segunda Seção pacificou a orientação no sentido de permitir a cobrança da comissão de permanência, no período de inadimplemento contratual, à

138 RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário. 10ª Ed. São Paulo: RT, 2013, p. 369-370.

> taxa média do mercado apurada pelo Banco Central do Brasil e limitada à taxa do contrato, desde que não esteja cumulada com correção monetária (Súmula nº 30/STJ), com juros remuneratórios (Súmula nº 296/STJ), com juros moratórios nem com multa contratual. SEGUNDO RECURSO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. CONTRATO POSTERIOR À EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.963-17/2000, REEDITADA SOB O Nº 2.170-36/2001. CAPITALIZAÇÃO PACTUADA. 3. A jurisprudência desta eg. Corte pacificou-se no sentido de que a cobrança de capitalização mensal de juros é admitida nos contratos bancários celebrados a partir da edição da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, reeditada sob o nº 2.170-36/2001, qual seja, 31/3/2000, desde que expressamente pactuada. 4. Negado provimento ao agravo regimental interposto pelo particular e provido o recurso da instituição financeira. (STJ; AgRg-REsp 1.097.400; Proc. 2008/0222665-3; MS; Quarta Turma; Rel. Min. Raul Araújo; Julg. 16/08/2012; DJE 17/10/2012). (grifei)

E mais. A Emenda Constitucional nº 40/2003 revogou o § 3º, do artigo 192, da Constituição da República, que limitava a taxa de juros a 12% ao ano.

O Código Civil de 1.916, no seu artigo 1.062, estabelecia que a taxa de juros moratórios seria de 6% ao ano, quando não convencionada de outra forma pelos contratantes.

Já o Código Civil de 2.002, em seu artigo 406, estabelece que tais juros serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

A discussão pretoriana e doutrinária atual diverge em relação à aplicação da taxa SELIC ou do Código Tributário Nacional, no seu artigo 161, § 1º: ***"Se a Lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês".***

Na mesma linha, o Enunciado nº 20, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação científica do então Ministro Ruy Rosado, do STJ, nos seguintes termos:

> ***20 - Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês.***

A seu turno, o verbete nº 379 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça estatui: ***"Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês".***

Noutro giro, o limite dos juros convencionais tem sido regulado pelo dos juros legais, uma vez que o Decreto nº. 22.626, de 7 de abril de 1.933, ainda em vigor, estabelece:

> ***"Artigo 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. n. 1.062)."***

Inexistindo contrato ou cláusula que fixe o percentual, os juros remuneratórios devem ser limitados à taxa média praticada no mercado financeiro e que é mensalmente aferida pelo Banco Central.

Com efeito, a ausência de contrato ou de percentual fixado expressamente redunda na possibilidade do emprego de taxa aleatória ao livre arbítrio do banco, o que não pode ser admitido.

Deste modo, os juros remuneratórios devem ser limitados não ao percentual fixado na Lei de Usura, mas à taxa média de mercado cobrada em operações da mesma espécie.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de examinar a questão de não haver sido fixado percentual de juros remuneratórios no contrato, conforme incidente de processo repetitivo, consoante o seu julgado a seguir transcrito:

> BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONTRATO QUE NÃO PREVÊ O PERCENTUAL DE JUROS REMUNERATÓRIOS A SER OBSERVADO. I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO

> - JUROS REMUNERATÓRIOS. **1 - Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.** 2 - Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados. [...] (REsp 1112879/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 19/05/2010). (grifei)

Ainda sobre o tema em foco, a Medida Provisória nº. 2.170-30, cuja aplicabilidade tem sido afirmada no STJ, em seu artigo 5º, prevê a incidência da capitalização mensal de juros nas operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional:

> ***"Artigo 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano."***

No que se diz respeito à validade da norma em alusão cabe salientar que conquanto esteja em tramitação no STF a ADI nº 2316, a norma se mantém em atividade enquanto não declarada inconstitucional e retirada do mundo jurídico.

A capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano passou a ser admitida em contratos que foram celebrados a partir de 31/03/2.000, pela Medida Provisória nº 1.963-17/2000, em vigor como Medida Provisória nº 2.170-36/2001, desde que haja sido expressamente prevista no contrato.

O Superior Tribunal de Justiça também já teve a oportunidade de analisar esta questão em sede de recurso repetitivo, resultando nas seguintes orientações:

> "1). **É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31/3/2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, em**

> **vigor como MP nº 2.170-01, desde que expressamente pactuada; 2) A pactuação mensal dos juros deve vir estabelecida de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada**". (REsp 973.827/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012). (grifei)

Naquele julgamento, a Ministra Maria Isabel Gallotti expressamente consignou que "*o art. 5º da Medida Provisória 1.963-17/00 tornou admissível nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional 'a pactuação de capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano'; vale dizer, no contrato bancário poderá ser pactuada a capitalização semestral, trimestral, mensal, diária, contínua etc*".

Noutro giro, não havendo prova da pactuação expressa no contrato, não é admissível a capitalização mensal.

Contudo, prevalece a capitalização anual, desde os termos do artigo 4º do Decreto nº 22.626/33, igual periodicidade prevista no artigo 591 do atual Código Civil, que regula o contrato de mútuo civil para fins econômicos. Veja-se:

> ***"Artigo 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual".***

Nesse sentido são os seguintes precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. LETRA DE CÂMBIO. SAQUE. CLÁUSULA MANDATO. SÚMULA N. 60/STJ. JUROS. CAPITALIZAÇÃO. ANUAL. PERMISSÃO. PARCIAL PROVIMENTO. **1. Não pode a instituição financeira assumir obrigação cambial em nome do mutuário mediante saque de letra de câmbio por mandatário a si vinculado. Enunciado n. 60, da Súmula. Precedente. 2. Permite-se a capitalização anual de juros nos contratos bancários em geral, independente-**

> **mente de pacto expresso.** 3. Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no AREsp 31.336/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 10/09/2013). (grifei)
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DOS JUROS. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em face do nítido caráter infringente das razões recursais. Aplicação dos princípios da fungibilidade e da economia processual. 2. **O entendimento desta Corte é de que o art. 4º do Decreto 22.626/33, ao dispor que a proibição de contagem de juros sobre juros "não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano", possibilita a capitalização anual de juros em contratos bancários.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl no REsp 1334786/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 04/02/2013). (grifei)

Por todo o exposto, pode-se concluir que a prova pericial nem sempre será necessária, segundo os ditames do Superior Tribunal de Justiça, para a averiguação de eventual abusividade das cláusulas discutidas, que pode ser aferida pelos demais elementos de prova, sobretudo a documental, reiterando-se que nos contratos de mútuo é admitida a cobrança dos juros remuneratórios capitalizados desde que expressamente pactuado o percentual, que não pode ser superior à taxa de mercado em operações da mesma espécie, em sintonia com o verbete em comento.◆

SÚMULA Nº 302

"Compete às Câmaras Cíveis especializadas o julgamento das demandas que envolvam as tarifas de água e esgoto sanitário, quando se tratar de serviço utilizado como destinatário final e for prestado por sociedade de economia mista".

Referência[139]

WERSON FRANCO PEREIRA REGO
JUIZ DE DIREITO

O presente enunciado versa, basicamente, sobre a competência das Câmaras Cíveis Especializadas em Direito do Consumidor. No caso específico, sobre a competência [funcional - absoluta] para processamento e julgamento dos recursos em demandas que envolvam os serviços de fornecimento de água e de coleta, transporte, tratamento e disposição final de esgotos sanitário. Há, todavia, duas condicionantes: a) o usuário do serviço seja o seu destinatário final e; b) o fornecedor do serviço seja sociedade de economia mista.

Assim, em primeiro lugar, de se esclarecer a natureza da competência das câmaras especializadas; após, a subsunção dos serviços de fornecimento de água e de coleta, transporte, tratamento e disposição final de esgotos sanitário ao campo de incidência principiológico-normativo do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A COMPETÊNCIA FUNCIONAL [absoluta] DAS CÂMARAS CÍVEIS ESPECIALIZADAS EM DIREITO DO CONSUMIDOR - COMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE*

O verbete em comento encontra suas raízes no julgamento do Conflito de Competência nº. 0004766-09.2014.8.19.0000, Relator o eminente Desembargador Jessé Torres, cujo v. acórdão tem a seguinte ementa:

139 Conflito de Competência nº. 0004766-09.2014.8.19.0000 - Julgamento em 24/03/2014 – Relator: Desembargador Jessé Torres. Votação unânime.

> *CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CÂMARAS CÍVEIS. Alteração do art. 6º do REGITJRJ, que modificou a competência das Câmaras Cíveis em matéria de Direito do Consumidor. Serviço de abastecimento de água prestado a pessoa jurídica de direito privado, do ramo de restaurante. Destinatário final: teorias finalista (subjetiva) e maximalista (objetiva). O usuário demandante utiliza a água não só na preparação dos alimentos, como, também, para viabilizar o seu funcionamento e demais necessidades humanas; o serviço em lide não integra a atividade meio do estabelecimento comercial, tampouco constitui artefato de transformação ou integração no objeto de comércio da sociedade empresária. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Jurisprudência dominante do STJ. Competência das Câmaras Cíveis especializadas para julgar as apelações e agravos contra sentenças ou decisões de juízes do cível, nas matérias cujo processo originário verse sobre direito do consumidor (Lei estadual nº 6.375/12 e Resolução no 34/2013, Órgão Especial, artigos 1º e 2º), seguindo-se, no caso, a competência da Câmara Suscitada, procedente o conflito.*

Percebe-se, sem maior esforço, que a controvérsia estabelecida no supramencionado Conflito Negativo de Competência girava em torno da pessoa jurídica como consumidora destinatária final do serviço de abastecimento de água, à luz das teorias finalista e maximalista. Nada se discutiu sobre a figura do fornecedor. Pertinente a discussão. Vejamos.

O art. 6º-A, da Resolução nº 22/2013, do E. Órgão Especial, de 11/05/2013, estabelece competir às Câmaras Cíveis de numeração 23ª a 27ª, no âmbito de sua especialização, processar e julgar as matérias cujo processo verse sobre ***Direito do Consumidor***. Trata-se de competência funcional **em razão da matéria** e, portanto, absoluta. Adiante, em seus §§1º e 2º, esclarece:

> *§1º. Consideram-se matéria de direito do consumidor as indicadas no Sistema de Gestão das Tabelas Processuais Unificadas do Conselho Nacional de Justiça.*
>
> *§2º. Ficam excluídas da competência das Câmaras Cíveis de numeração 23ª a 27ª as causas previstas nos arts. 86 e 97 do*

Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro.

O Sistema de Gestão das Tabelas Processuais Unificadas do Conselho Nacional de Justiça confere o código "**1156**" à matéria "**DIREITO DO CONSUMIDOR**". Neste, o código "7771" se refere aos "*Contratos de Consumo*", dentre os quais, sob o código "7761", se inserem os serviços de "*Fornecimento de Água*". Não há, pois, qualquer controvérsia quanto à natureza de consumo da relação jurídica de direito material estabelecida entre o prestador dos serviços de fornecimento de água e de coleta, transporte, tratamento e disposição final de esgotos sanitários e o usuário destinatário final do mesmo. Entendamos o porque.

O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.

ESPECIALIZAÇÃO *RATIONE PERSONAE*

A Lei n. 8.078/90 veio a lume em 11 de setembro de 1990, cumprindo chamamento do artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. No que se refere à tutela jurídica dos interesses dos consumidores, atua como catalisadora dos desideratos expressos nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição da República de 1988. É composta por normas de ordem pública e interesse social, com eficácia de normas de sobredireito. E qual a natureza jurídica do Código de Proteção e Defesa do Consumidor?

Não se trata de uma *lei geral* das relações de consumo, porque a ideia nuclear do Direito do Consumidor não é a tutela do *mercado de consumo*, como também não é a tutela do *consumo* isoladamente considerado. **Não se trata**, tampouco, de uma *lei específica* das relações de consumo. O que especializa uma lei é o seu objeto que, destacado do sistema comum, merecerá um tratamento jurídico diferenciado. Não é o caso da legislação consumerista. **Não se trata**, finalmente, de um corpo de normas de proteção direta do consumidor em sentido estrito, na medida em que também se destina a proteger interesses abstratos, não decorrentes de uma específica relação jurídica de consumo - consumidores por equiparação.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em essência, **foca a sua preocupação na *pessoa* do consumidor (padrão ou por equiparação)**,

isto é, dispensa tratamento diferenciado a *um dos sujeitos* de uma relação jurídica. Diferencia-se, pois, ***em razão do sujeito*** *(ratione personae).*

Significa dizer que a preocupação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor **não está focada no objeto** de alguma relação jurídica (enfoque objetivo), **mas em um sujeito determinado (consumidor)** em *qualquer* relação jurídica (**enfoque subjetivo**). A própria terminologia (Direito do Consumidor / Código de Proteção e Defesa do Consumidor) está a realçar a proteção à *pessoa* do consumidor. Aí reside a diferença entre a terminologia utilizada por países como França, Bélgica e Portugal (Direito do Consumo) e a utilizada nos Estados Unidos, na Inglaterra, na Austrália, na Alemanha e no Brasil (Direito do Consumidor), por exemplo. O nosso legislador optou pela última não por capricho, mas por ser a que melhor reflete a perspectiva funcional desse sistema.

Existe, como bem abordado no v. acórdão paradigma, importante preocupação com a identificação correta da pessoa do consumidor. Isto porque a Lei n. 8.078/90 procura delimitar a figura do consumidor padrão (*standard*) ao destinatário fático e econômico do produto adquirido ou do serviço utilizado, conferindo-se uma interpretação teológica ou finalista ao seu artigo 2º, *caput.*

Note-se que, diferentemente do que ocorre com o conceito jurídico de consumidor (nitidamente restritivo e teleológico), o de fornecedor, constante do artigo 3º, *caput*, é bastante amplo. Fornecedor é gênero - quer no que respeita ao sujeito em si (pessoa física ou jurídica; pública ou privada; nacional ou estrangeira), quer no que se refere às atividades que desenvolve - e não por acaso.

Com efeito, a partir da Lei nº 8.078/90 surge um ***NOVO*** SISTEMA JURÍDICO e a autonomia do Direito do Consumidor vem moldada pela **multidisciplinaridade** que informa todo o novo sistema, o que "o leva a fazer incursões em quase todos os ramos do Direito e de outras ciências não jurídicas"[140].

140 ANTONIO HERMAN DE VASCONCELOS E BENJAMIN, Direito do Consumidor, cit., p. 55.

De fato, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor tem incidência em qualquer ramo do Direito (público ou privado) onde se faça presente um sujeito que se amolde ao conceito jurídico de consumidor. Ao fazê-lo, carreia consigo todo o sistema que criou, seus princípios, seus conceitos, seus institutos, suas teorias, seus instrumentos e seus métodos de interpretação, e, assim, a ele não mais "podem ser aplicados, por simples raciocínio analógico, os princípios gerais de outro ramo e mesmo do Direito Comum, já que se rege por princípios próprios e inconfundíveis"[141].

E, justamente por conta da vastidão do Direito do Consumidor e de sua multidisciplinaridade, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor - o seu aporte normativo-instrumental - não está estruturado, precipuamente, sobre normas tipificadoras de condutas, estáticas e rígidas, mas, ao contrário, sobre princípios gerais, permeado de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, o que lhe confere mobilidade e maleabilidade, avançada técnica legislativa, típica das normas de *sobredireitos*. Daí, ser considerado uma lei *principiológica.*

Desta maneira, qualquer lei que se destine a regular, de forma específica, determinado setor das relações de consumo deverá se submeter aos preceitos gerais da legislação consumerista[142]. E as leis principiológicas, em razão do valor superior dos princípios, têm prevalência sobre as demais normas jurídicas (gerais ou especiais).

Por tudo isso, presente a figura jurídica do consumidor (padrão ou por equiparação) **irrelevante para a definição do campo de incidência da legislação consumerista o fato de ser o fornecedor pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado**.

SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA REMUNERADOS POR TARIFAS OU PREÇOS PÚBLICOS - RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Subsume-se ao amplo conceito legal de serviço do artigo 3º, §2º, do CDC, "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante

141 EVARISTO DE MORAES FILHO apud ANTONIO HERMAN DE VASCONCELOS E BENJAMIN, Direito do Consumidor, cit., p. 55.

142 NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, cit., p. 444.

remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

Por importante ao objeto deste comentário, distinguem-se os serviços públicos dos chamados serviços de utilidade pública.

Aos primeiros, tem direito todos os cidadãos como contribuintes, existindo entre estes e o prestador do serviço (pessoa jurídica de direito público interno) uma relação jurídica de direito público, de natureza tributária, já que tais serviços (*uti universi*) são custeados e mantidos por tributos, além de estarem inseridos, genérica e universalmente, nas atividades precípuas do Estado (segurança pública, saúde pública, educação pública, iluminação pública, limpeza urbana, conservação de estradas e rodovias "não privatizadas" etc).

Aos segundos, tem direito os cidadãos como usuários ou utentes que, pelos serviços (*uti singuli*), pagam tarifas ou preços públicos. As atividades, em casos tais, **podem ser prestadas diretamente pelo Poder Público (**por suas autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista), **ou mediante concessão ou permissão, ou qualquer outra forma de empreendimento, pela iniciativa privada.** Nestas situações haverá, sempre, relação jurídica de consumo sendo, portanto, inafastável toda a sistemática constitucional e infraconstitucional de proteção e defesa do consumidor. Nesse sentido, as disposições contidas nos artigos 3º, *caput* – ao se referir a pessoa jurídica de direito público ou privado; 4º, VII; 6º, X e 22.

O e. Supremo Tribunal Federal já decidiu, reiteradas vezes, que a natureza jurídica da remuneração dos serviços de fornecimento de água e de esgotamento sanitário é de tarifa ou preço público, consubstanciando contraprestação de caráter não-tributário (RE-ED n. 447.536/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 28.06.2005, DJ 26.08.2005). Encerra, portanto, contraprestação de natureza contratual,– distanciando-se do regime jurídico estabelecido para as taxas. Esse é o mesmo entendimento já pacificado pelo e. Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1117903/RS - Primeira Seção, rel. Min. Luiz Fux, j. em 09/12/2009). Confira-se:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO NÃO-TRIBUTÁRIO. FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. TARIFA/PREÇO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL. CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO.

1. **A natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas** (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 447.536 ED, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 28.06.2005, DJ 26.08.2005; AI 516402 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30.09.2008, DJe-222 DIVULG 20.11.2008 PUBLIC 21.11.2008; e RE 544289 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 26.05.2009, DJe-113 DIVULG 18.06.2009 PUBLIC 19.06.2009. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: EREsp 690.609/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; REsp 928.267/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.08.2009, DJe 21.08.2009; e EREsp 1.018.060/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 09.09.2009, DJe 18.09.2009).

2. (...)

Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008 (REsp 1117903/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Inequívoco, assim, que a relação jurídica de direito material existente entre a Companhia Estadual de Águas e Esgoto - CEDAE (na condição de fornecedora) e o usuário (na condição de consumidor) é de natureza contratual e, por isso, subordinada aos princípios e regras contratuais do sistema de proteção e defesa do consumidor.

CRÍTICA AO VERBETE

Como mera contribuição para o debate sobre o tema, do ponto-de--vista estritamente acadêmico, revela-se, no entendimento deste comentarista, *data maxima venia,* imprecisa a delimitação da competência das câmaras cíveis especializadas em direito do consumidor à condicionante da prestação do serviço por "sociedade de economia mista".

Como visto linhas acima, fornecedor é qualquer pessoa, física ou jurídica, *pública* ou privada.

Os serviços *uti singuli,* remunerados por tarifas ou preços públicos, prestados **diretamente** pelo Poder Público, ainda que por suas autarquias, fundações ou empresas públicas, **não estão** fora do campo de incidência da legislação consumerista.

A preocupação do Direito do Consumidor é com o usuário destinatário final desses serviços - e não com a pessoa do fornecedor. Tratando-se de normas de sobredireito, tem as regras jurídicas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor primazia sobre as demais, que versem sobre as mesmas situações fático-jurídicas.

No mesmo sentido, trabalho intitulado "Câmaras Cíveis Especializadas em Direito do Consumidor" (http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/cciveis-especialistas-direito-consumidor.pdf), de autoria do Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos. Observou o eminente articulista que "o princípio que deve reger essa regulação consiste em um trinômio, **restringir**, **não descaracterizar** e **valorizar** a competência das câmaras especializadas, ponderado diante das circunstâncias". Adiante, sentencia que "as demandas judiciais, tendo como fornecedores entes públicos, deveriam, em princípio, ser excluídas do rol de competência daqueles órgãos fracionários, ***salvo aquelas típica e materialmente consumeristas, expressamente inseridas na tabela do CNJ, como no caso de concessão em que os serviços são prestados por autarquias em alguns municípios do estado, v.g., serviço de fornecimento de água e esgoto"*** - grifos deste comentarista.

Ao final, apresenta "proposições a serem discutidas, se for da conveniência do Tribunal, em encontro de desembargadores integrantes de Câmaras Cíveis e Câmaras Cíveis Especializadas", dentre as quais destaco:

> "*2-Insere-se na competência das Câmaras Cíveis especializadas o julgamento das demandas:*
>
> *(...)*
>
> *2,7- decorrentes de serviços de fornecimento de energia elétrica, de água, de tratamento do esgoto sanitário e de gás, ainda que prestados por pessoas jurídicas de direito público".*

CONCLUSÃO

Em derradeiro arremate, reafirma-se que:

- a competência das câmaras cíveis especializadas é funcional [absoluta], em razão da matéria (Direito do Consumidor);

- com a Lei 8.078/90 surge um novo sistema jurídico, autônomo, essencialmente focado na pessoa do sujeito vulnerável de uma relação jurídica de consumo;

- o *enfoque subjetivo* é o que confere *perspectiva funcional* ao sistema de proteção e defesa do consumidor;

- o Código de Proteção e Defesa do Consumidor tem incidência em qualquer área do direito, sempre que presente a figura jurídica do consumidor (padrão ou por equiparação);

- os serviços *uti singuli,* remunerados por tarifas ou preços públicos, prestados **diretamente** pelo Poder Público, ainda que por suas autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedade de economia mista, **não estão** fora do campo de incidência da legislação consumerista, vez que a preocupação

do Direito do Consumidor é com o usuário destinatário final desses serviços - e não com a pessoa do fornecedor;

▪ a relação jurídica de direito material existente entre a Companhia Estadual de Águas e Esgoto - CEDAE (na condição de fornecedora) e o usuário (na condição de consumidor) é de natureza contratual e, por isso, subordinada aos princípios e regras contratuais do sistema de proteção e defesa do consumidor.

É o comentário que elevo à consideração de todos, *sub censura.*◆

SÚMULA Nº 303

"Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis especializadas as demandas que envolvam a utilização de empréstimos financeiros concedidos por instituições bancárias e que o objeto do mútuo, é utilizado como capital de giro ou aquisição de insumos para a atividade empresarial."

Referência[143]

ADRIANA THEREZINHA CARVALHO SOUTO CASTANHO DE CARVALHO
JUÍZA DE DIREITO

Do Campo de Incidência do Código de Defesa do Consumidor – Lei número 8078/90.

O Código de Defesa do Consumidor, segundo o Desembargador Sérgio Cavalieri, foi "o resultado de todos os movimentos consumeristas ocorridos no Brasil e no exterior", sendo, também, um instrumento legal de realização dos valores constitucionais, principalmente dos princípios da isonomia substancial e da defesa do consumidor. Visou o legislador, pela sua edição, amparar o consumidor, colocando-o em condição isonômica com o fornecedor. De fato, teve por objetivo minorar a vulnerabilidade fática, técnica e jurídica ou científica do consumidor, colocando-o em condição de igualdade com os prestadores de serviço, fabricantes e comerciantes de produtos.

Por ter o Código de Defesa do Consumidor um campo de aplicação difuso e abrangente, por tratar-se de legislação especial, incidindo, assim, em todas as áreas do direito nas quais haja relações de consumo, necessário se fez a identificação pormenorizada de seus destinatários, explicitando-se quais seriam as relações de consumo abrangidas por referida legislação.

143 Conflito de competência nº 0006866-34.2014.8.19.0000 – Julgamento em 24/03/2014 – Relator: Desembargados Henrique Figueira. Votação por maioria.

Necessário, portanto, se fez explicitar em que consistiria a vulnerabilidade do consumidor, bem como quem seriam os destinatários das normas, identificando e definindo as pessoas do consumidor e fornecedor.

Identificaram, então, os doutrinadores, três tipos de vulnerabilidade. Define-se a vulnerabilidade fática como àquela que é facilmente perceptível, decorrente da discrepância entre a capacidade econômica e social dos agentes econômicos e a condição hipossuficiente do consumidor. A vulnerabilidade técnica consiste na ausência de conhecimentos específicos do consumidor sobre as características dos produtos e serviços, bem como sobre seu processo produtivo. Já, a vulnerabilidade jurídica ou científica é a resultante da ausência de informação do consumidor quanto a seus direitos e formas de acesso à justiça, consiste nas dificuldades do consumidor em lutar por seus direitos, quer na esfera administrativa, quer na esfera judicial.

Explicitadas as formas de vulnerabilidade, restou ao legislador identificar os destinatários, por essa razão, definiu-se, nos artigos 2º e 3º de referida legislação, o conceito, respectivamente, de consumidor e fornecedor, *in verbis*:.

> "**Art. 2º** Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
>
> **Art. 3º** Fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, publica ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. "

Ocorre que, as definições mostraram-se de interpretação vaga, ensejando divergentes interpretações.

Logo a princípio surgiram duas correntes sobre o alcance da expressão "destinatário final", constante da definição legal de consumidor.

A primeira, denominada de corrente maximalista ou objetiva, dava à expressão interpretação ampla, bastando à configuração do consumidor, que a pessoa física ou jurídica se apresentasse como destinatário de fato do produto ou serviço, "incluindo-se no conceito não apenas aquilo que é adquirido ou utilizado para uso pessoal, familiar ou doméstico, mas também o que é adquirido para o desempenho de atividade ou profissão bastando, para tanto, que não haja a finalidade de revenda" [144].

Já, para a segunda corrente, denominada de finalista ou subjetiva, a expressão devia ser interpretada de forma restritiva, só se enquadrando no conceito de destinatário final a pessoa física ou jurídica que adquirisse o produto ou serviço para uma satisfação pessoal, sem ter como objetivo o incremento de sua atividade lucrativa. De fato, em conformidade com referida teoria, ficaria excluído da proteção da Lei numero 8078/90 o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo e, consequentemente, o preço final de um novo bem ou serviço.

Alguns doutrinadores, no entanto, passaram a verificar que a adoção da corrente finalista ou subjetivista, em sua versão pura, não amparava as hipóteses nas quais, havia evidente e notória vulnerabilidade entre o consumidor e o produtor.

Surgiu, então, uma terceira corrente, que mitigando a teoria finalista, passou a entender que para que houvesse a incidência da Lei numero 8078/90, no caso concreto, se fazia apenas necessário que, na relação de consumo, houvesse, de um lado, a presença de uma parte vulnerável (seja esta pessoa física ou jurídica) e do outro um fornecedor, sendo que, no caso das pessoas jurídicas, os bens por ela adquiridos devem esgotar a sua destinação econômica na própria pessoa jurídica, não visando à revenda.

Em um primeiro momento, o STJ adotou a teoria maximalista. Posteriormente, e, mais precisamente com o julgamento da Resp 541.867/BA, na 2ª Secção do STJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, passou a adotar a corrente finalista. Por fim, evoluiu para a corrente finalista mitigada, admitindo a aplicação do CDC aos consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, que de-

144 João Batista de Almeida, A proteção jurídica do consumidor, 2. Ed,. Revista dos Tribunais, 2000, p.40

monstrassem vulnerabilidade técnica, fática ou jurídica no caso concreto, independentemente do produto ter sido adquirido para satisfação pessoal ou para fins de incremento da atividade.

Em relação à definição de fornecedor, a única questão suscitada foi quanto à adequação das instituições financeiras ao conceito de fornecedor, sendo tal questão definitivamente dirimida por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2591, que considerou constitucional o artigo 3º do CDC, reputando serviços bancários e financeiros como direito do consumidor.

De fato, tal entendimento já se encontra pacificado, pela edição da súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça.

> **STJ Súmula nº 297** - 12/05/2004 - DJ 09.09.2004
>
> **Código de Defesa do Consumidor - Instituições Financeiras - Aplicação**
>
> O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.
>
> **Referências:**
>
> - Art. 3º, § 2º, Disposições Gerais - Direitos do Consumidor - Código de Defesa do Consumidor - CDC - L-008.078-1990

Do Contrato de Mútuo para fins de Obtenção de Capital de Giro como forma de Incremento à Atividade Comercial .

O mútuo, nos termos do artigo 586 do Código Civil, é empréstimo de coisas fungíveis, ou seja, "é o contrato pelo qual uma das partes transfere uma coisa fungível a outra, obrigando-se esta a restituir-lhe a coisa do mesmo gênero, da mesma qualidade e na mesma espécie." [145]

O tipo de mútuo mais comum é o de numerário.

Muitas vezes a empresa celebra contratos de mútuo visando à aquisição de numerário como capital de giro ou para incremento de sua atividade.

145 Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, volume III, 16ª edição, página 316.

Capital de giro é o conjunto de valores necessários para a empresa fazer seus negócios acontecerem, ou seja, para viabilizar o exercício da atividade empresarial. Representa, em regra, 50% a 60% do total de ativos de uma empresa, e de sua boa administração depende a mantença da sociedade.

As dificuldades relativas ao capital de giro numa empresa são devidas, principalmente, à ocorrência dos seguintes fatores: redução de vendas, crescimento da inadimplência, aumento das despesas financeiras e aumento de custos.

Entretanto nem sempre a diminuição do capital de giro indica problemas relacionados ao funcionamento da empresa. Por vezes, a diminuição do capital de giro se dá por circunstância transitória e economicamente planejada, quer por estar a empresa a realizar novos investimentos em bens do ativo imobilizado (aumento dos imobilizados), quer por tratar-se de empresa que financeiramente trabalhe com capital de giro negativo.

No primeiro caso, "os investimentos são, em geral, realizados através de "Autofinanciamento" (empréstimos a longo prazo, aumento do capital em dinheiro e lucros líquidos) que por sua vez, aumentam o Capital de Giro (aumento das fontes permanentes) compensando, aproximadamente, a diminuição provocada pelos novos investimentos".[146]

"No segundo caso, as aplicações permanentes são maiores do que as fontes permanentes, significando que a empresa financia parte de seu ativo não circulante com fundos de curto prazo."[147]

Lógico, portanto, concluir-se que nem sempre a celebração de contrato de mútuo para aquisição de capital de giro visa a socorrer a empresa que se encontra em situação vulnerável, mas consiste em meio utilizado pelas empresas ao incremento de sua atividade.

Ao contrário, a regra é a utilização de empréstimos para incremento da atividade.

146 Artigo Necessidade de Capital de Giro – Reinaldo Luiz Lunelli, disponível em: <http://www.portaldecontabilidade.com.br/tematicas/necessidadecapitalgiro.htm> (Visualizado em 04/09/2014 às 22:19).

147 Ibidem

Das Câmaras Especializadas.

A lei estadual número 6376, de 27 de dezembro de 2012, criou cinco câmaras Cíveis especializadas nas matérias, cujo processo originário verse sobre direito do consumidor.

Grande controvérsia foi instaurada logo após a publicação de referida lei.

De fato, como já ressaltado pelo Desembargador Carlos Eduardo Fonseca Passos em seu artigo, Câmaras Cíveis Especializadas Em Direito Do Consumidor, por tudo girar, na atualidade, sobre relação de consumo, desde produtos medicamentos e insumos, até execuções fiscais fundadas em taxa e tarifas, teriam referidas câmara quase que atuação sobre todos os feitos, o que geraria sua inviabilidade.

Assim sendo, estabeleceu-se, no artigo 6º-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, quais seriam os feitos de competência das Câmaras Cíveis especializadas em Direito do Consumidor.

Ocorre que, referido dispositivo legal, lamentavelmente, não veio por fim à controvérsia, pois não estabeleceu de forma adequada, qual seria a área de competência de referidas câmaras, apenas destas excluindo, de forma expressa, as matérias previstas nos artigo 86 e 97 ambos do Codjerj, reportando-se ao sistema de gestão de tabelas unificadas do Conselho Nacional de Justiça como as matérias que, em regra, seriam de sua competência.

Obviamente, por ter tal tabela mero caráter ilustrativo, a fim de se incluir a demanda dentro da esfera de competência das câmaras especializadas, há de se verificar se a lide, cuja denominação se adeque àquela constante da tabela, efetivamente se enquadra nos casos de incidência da lei numero 8078/90.

CONCLUSÃO:

Considerando, assim, que as empresas que celebram contratos de mútuo visam, em regra, utilizar o capital para o incremento de suas atividades (quer quando o fazem para aquisição de produtos ou serviços essenciais à atividade, quer quando o utilizam como capital de giro), não se

enquadram na definição de consumidoras, à luz do artigo 2º da Lei numero 8078/90.

Considerando a ausência, nestes casos, da vulnerabilidade da empresa.

Considerando, ser a competência das Câmaras Cíveis especializadas adstritas às hipóteses nas quais verse a lide efetivamente sobre relação de consumo stricto sensu.

Conclui-se restarem excluídas da competência das Câmaras Cíveis especializadas as demandas que envolvam a utilização de empréstimos financeiros concedidos por instituições bancárias e que o objeto do mútuo é utilizado como capital de giro ou aquisição de insumos para a atividade empresarial, por não se enquadrarem as empresas, em regra, nestas hipóteses, na tipificação de consumidoras, à luz do artigo 2ª da Lei número 8078/90.◆

SÚMULA Nº 304

"Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis especializadas as demandas que envolvam a cobrança de DPVAT uma vez que se trata de seguro obrigatório, cogente, pago a um pool indefinido de seguradoras, e a não a fornecedora específica de bens e serviços**".**

Referência[148]

MÔNICA DE FARIA SARDAS
DESEMBARGADORA

O verbete sumular deriva de decisão unânime proferida pelo Egrégio Órgão Especial em conflito negativo de competência suscitado pela 25ª. Câmara Cível e visa solucionar as divergências ainda existentes desde a criação das Câmaras Cíveis especializadas.

A competência das Câmaras Cíveis especializadas em direito do consumidor, criadas da Lei Estadual nº 6.375/12, está prevista no caput do artigo 6º-A do Regimento Interno do TJ/RJ:

> "Art.6º - A - As Câmaras Cíveis de numeração 23ª. a 27ª. terão competência especializadas nas matérias cujo processo originário verse sobre direito do consumidor".

Desta forma, em síntese, o tema em discussão é precisar se o seguro DPVAT é, ou não, relação de consumo capaz de atrair a competência das Câmaras especializadas.

A par do conceito de consumidor e fornecedor, cabe a análise do conceito de serviço, insculpido no artigo 3º, §2º do Código de Defesa do consumidor, para o qual "**serviço é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária,**

148 Conflito de Competência nº. 0010077-78.2014.8.19.0000 - Julgamento em 24/03/2014 – Relator: Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho. Votação unânime.

financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

Daí se constata quão complexa é a questão da competência em matéria consumerista. Embora o Código de Defesa do Consumidor faça referência expressa a atividade securitária elencando-a como objeto das relações de consumo, o seguro DPVAT exclui-se do conceito.

É que o texto legal conjuga outro requisito indispensável a caracterização das relações de consumo: serviço é a atividade fornecida ao mercado de consumo, isto é, posta à venda; e a relação jurídica decorrente do seguro DPVAT tem natureza potestativa, de sujeição, não havendo qualquer autonomia de vontade para contratar . O seguro DPVAT não está no mercado de consumo, é verdadeira obrigação legal.

O seguro DPVAT, criado pela Lei 6.194/94, é seguro social, destinado não a cobertura livremente pactuada entre consumidor e fornecedor, mas à cobertura de riscos da circulação dos veículos em geral, tendo natureza jurídica de obrigação legal, não contratual, pois não voluntariamente contratado.

A relação jurídica, portanto, decorre da lei e não de contrato, sendo inaplicável o Código de Defesa do Consumidor.

Descaracterizados na hipótese de seguro obrigatório DPVAT a conceituação de serviço, consumidor e fornecedor, porque a contratação compulsória afasta a natureza consumerista da relação jurídica entre seguradora e segurado ou beneficiário do seguro, afastada a competência das Câmaras Cíveis especializadas.

Some-se ao já dito acima que a jurisprudência do STJ, seguindo a linha de entendimento no sentido do escopo social e natureza obrigacional, vem afirmando que o prêmio do seguro DPVAT tem natureza de contribuição parafiscal.

Nesse sentido:

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.362.083 - RJ (2013/0005774-3) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
>
> RECORRENTE: SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO

SEGURO DPVAT S/A

ADVOGADOS: ADAM MIRANDA SÁ STHELING

CARLOS ANDRE FRANCO MARQUES VIANA

GISELLE MICHELLI FOGLIANI E OUTRO(S)

RECORRIDO: GEICE ELLEN BARBOSA

ADVOGADO: VINICIUS MAMEDE GOMES

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF.

- A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado quando suficiente para a manutenção de suas conclusões impede a apreciação do recurso especial.

- Negado seguimento ao recurso especial.

DECISÃO

Cuida-se de recurso especial interposto pela SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S.A, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.

Ação: de cobrança, ajuizada por GEICE ELLEN BARBOSA, em face da recorrente, na qual requer o recebimento de complementação de indenização securitária do seguro DPVAT, em razão de invalidez permanente decorrente de acidente automobilístico.

Sentença: pronunciou a prescrição e julgou extinto o processo, com exame do mérito, e improcedente o pedido, com fulcro no art. 269, IV, do CPC.

Acórdão: deu provimento à apelação interposta pela recorrida, para condenar a recorrente ao pagamento da diferença de 36,70 salários mínimos, tendo como parâmetro o salário-mínimo vigente na data do efetivo pagamento, nos termos da seguinte ementa:

AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT. ACIDENTE OCORRIDO EM 24/08/2006. PAGAMENTO NO MESMO ANO, CONSIDERANDO A VÍTIMA TER SIDO ESTE FEITO A MENOR. PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA. AJUIZAMENTO EM SETEMBRO DE 2010. SENTENÇA DE EXTINÇÃO COM BASE NA PRESCRIÇÃO TRIENAL. CARÁTER SOCIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO DECENAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTORAL. PROVIMENTO DO RECURSO PARA DETERMINAR O PAGAMENTO PELA RÉ ORA APELADA DA DIFERENÇA DE 36,70 SALÁRIOS MÍNIMOS, TENDO COMO PARÂMETRO O SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE NA DATA DO EFETIVO PAGAMENTO, ACRESCIDOS DE JUROS LEGAIS A PARTIR DA CITAÇÃO, NO ENTANTO, SEM INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA, SOB PENA DE DUPLA INDEXAÇÃO, DEVENDO, AINDA, ARCAR COM AS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. (e-STJ Fl. 91)

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação do art. 206, § 3º, IX, do CC/02. Sustenta que a pretensão está prescrita, pois a ação foi proposta após decorrido mais de três anos da data do sinistro.

Relatado o processo, decide-se.

- Da existência de fundamento não impugnado

A recorrente, em relação à prescrição, não impugnou o seguinte fundamento utilizado pelo Tribunal de origem:

O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de descaracterizar o seguro obrigatório DPVAT como contrato, instituto do Direito Civil, determinando sua natureza jurídica de contribuição parafiscal, instituto do Direito Tributário, sendo irrelevante para a indenização, a identificação dos veículos ou a prova do pagamento do prêmio, para a comprovação da relação contratual. Esta é a razão pela qual este

Relator, embora de forma minoritária, entende que o prazo prescricional nesta hipótese é de dez anos, já que o DPVAT tem natureza de contribuição social.

(...)

Outrossim, nas palavras do igualmente ilustre colega, Desembargador LUIZ FELIPE HADDAD, embora nessa hipótese remanesça o direito autoral na postulação na diferença, é fato que o pagamento foi realizado, de modo que a demanda não é mais puramente declaratória, nem constitutiva, porém, tão somente de condenação; ou seja, tem-se uma lide de cobrança, cujo prazo de prescrição é de 10 anos, consoante o artigo 205 do Código Civil.

Sendo assim, não tendo se verificado a prescrição, caberia à Câmara anular o julgado, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem para o julgamento meritório pertinente, contudo, tal providência atentaria contra os princípios da celeridade processual e efetividade dos atos jurisdicionais, além de se encontrar superada pelo que dispõe o artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, com a redação conferida pela Lei nº 10.352/01.

Perfeitamente aplicável à hipótese, portanto, a Teoria da Causa Madura, considerando que já houve toda a instrução do feito, sendo este um caso de resolução do mérito com base no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil. (e-STJ Fls. 95/97) Assim, não impugnado esse fundamento, deve-se manter o acórdão recorrido. Aplica-se, neste caso, a Súmula 283/STF.

Forte nessas razões, NEGO SEGUIMENTO ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2013.

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

(Ministra NANCY ANDRIGHI, 01/03/2013)

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 144.514 - RJ (2012/0027958-9)

RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI

AGRAVANTE: ITAÚ SEGUROS S/A

ADVOGADO: LILIAN DE CÁSSIA PINHEIRO REIS E OUTRO(S)

AGRAVADO: CLÁUDIO DOS SANTOS ALMEIDA

ADVOGADO: ALAINE LEAL DE AZEVEDO

DECISÃO

Trata-se de agravo (art. 544 do CPC), interposto por ITAÚ SEGUROS S/A, contra decisão que negou seguimento ao recurso especial.

O apelo extremo, com fundamento no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal,desafia acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos de ação de cobrança de diferença indenizatória de que trata o seguro obrigatório de veículos automotores (DPVAT), nos termos da ementa abaixo transcrita:

Direito Processual Civil. Art. 557, § 1º, da Lei Processual Civil.

Direito Previdenciário. DPVAT. Acidente de trânsito. Invalidez permanente. Complementação da indenização. Foi atestada a invalidez permanente do segurado com perda de sua capacidade de realizar suas necessidades diárias básicas por si só em laudo pericial do Instituto Médico Legal. Comprovado o direito do autor. Seguradora que não conseguiu desconstituir a prova tampouco requereu exame pericial para a fixação de eventual percentual de invalidez. Sentença de procedência. Complementação da indenização no valor máximo. Recurso. Descabimento.

Ao seguro obrigatório DPVAT, foi atribuída a natureza jurídica de contribuição parafiscal, conforme entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, não importando se o veículo foi ou não identificado e se havia prova ou não de con-

tribuição para o seguro. Precedentes: STJ, REsp nº 68146/SP, REsp nº 218.418/SP.

A Lei do DPVAT prevê que para ser paga a indenização basta a

apresentação, entre outros documentos, do laudo médico, não sendo necessário sua elaboração em conjunto com a seguradora. O autor comprovou o seu direito e a seguradora não conseguiu desconstituir esta prova, pois sequer requereu exame pericial para a fixação de eventual percentual de invalidez. Desprovimento do recurso.

O recorrente, ora agravante, alega violação do art. 3°, II, da Lei n. 6.194/74, com alteração da Lei 11.482/2007, pugnando seja aplicado critério progressivo e proporcional para o balizamento do valor a ser pago à parte autora a título de indenização do seguro DPVAT.

Contrarrazões ofertadas.

O recurso foi inadmitido no Tribunal de origem, aplicando-se os verbetes sumulares 279/STF e 7/STJ.

É o relatório.

Decido.

Merece conhecimento o agravo, sendo de pronto provido o recurso especial.

1. Esta Corte firmou o entendimento de ser válida a utilização da tabela formulada pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP para o cálculo proporcional da indenização de seguro obrigatório segundo o grau de invalidez.

Não teria sentido a letra da lei sobre a quantificação da extensão das lesões pelo instituto médico legal competente se o seguro houvesse sempre de ser pago pelo valor integral, independentemente do grau da lesão e da invalidez do segurado.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT. INVALIDEZ. CÁLCULO PROPORCIONAL.
>
> 1 - Consolidou-se a jurisprudência do STJ no sentido da validade da utilização de tabela para o cálculo proporcional da indenização de seguro obrigatório segundo o grau de invalidez. Precedentes. 2 - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no Ag 1.360.777/PR, Rel Ministra Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 29/4/2011).
>
> CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL AO GRAU DE INVALIDEZ. LIMITE. CABIMENTO. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO (AgRg no Ag n. 1.320.972/GO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 24/9/2010).
>
> CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. DPVAT. INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL. PAGAMENTO PROPORCIONAL DO SEGURO. POSSIBILIDADE. TABELA PARA CÁLCULO DE INVALIDEZ. SALÁRIO MÍNIMO. EQUIVALÊNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO.
>
> I. Em caso de invalidez parcial, o pagamento do seguro DPVAT deve, por igual, observar a respectiva proporcionalidade.
>
> II. A extensão da lesão e grau de invalidez determinado pela Corte local exige o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.
>
> III. Recurso não conhecido (REsp 1.119.614/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 31/8/2009).

> No caso em destaque, a instância ordinária reconheceu a invalidez permanente parcial da vítima, mas deixou de aferir o grau de incapacidade, o qual é imprescindível para adequar-se o valor indenizatório devido.
>
> 2. Do exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial, com amparo no artigo 557, § 1º- A, do Código de Processo Civil, determinando o retorno dos autos à origem para quantificação da indenização, atendidos os critérios de proporcionalidade exarados pelos Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP/Superintendência de Seguros Privados-SUSEP.
>
> Publique-se. Intimem-se.
>
> Brasília (DF), 23 de março de 2012.
>
> MINISTRO MARCO BUZZI
>
> Relator
>
> (Ministro MARCO BUZZI, 09/04/2012)

Desta forma, sem a configuração de relação de consumo, por não se inserir no conceito de serviço exigido pelo Código de Proteção ao Consumidor, afastada a competência das Câmaras Cíveis especializadas, cabendo às Câmaras Cíveis de numeração 1ª. a 22ª. processar e julgar as demandas que envolvam a cobrança de seguro DPVAT.◆

SÚMULA Nº 305

"Excluem se da competência das Câmaras Cíveis especializadas as demandas que envolvam cobrança de tarifa de esgoto sanitário quando o serviço público for prestado por autarquia municipal, por se tratar de matéria de competência fazendária".

Referência[149]

IVONE FERREIRA CAETANO
DESEMBARGADORA

Por inicial destaque, afirma-se que o teor da Súmula acima colacionada prima pela uniformização de um entendimento deduzível das normas de organização do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em tal contexto, importante elucidar que as normas aqui referidas, possuem assento na Carta Maior, no art. 125 §1°, quando impinge aos Estados o múnus de organizar a sua Justiça e ao Tribunal a Organização Judiciária, por meio da iniciativa de leis.

De certo, a Súmula 305, ao dispor que será de competência das Câmaras Cíveis não especializadas os processos nos quais envolvam as demandas das Autarquias Públicas municipais, solidifica o que se encontra estabelecido na atual redação do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro e no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Resulta, portanto, incontroversa a interpretação que deu azo ao objeto da súmula, qual seja: **pacificar o entendimento de que a competência para se dirimir, em sede de segundo grau, causas que envolvam o ente público – autarquia municipal – pertencem às Câmaras Cíveis Comuns.**

A Fazenda Pública no âmbito das regras de competência estadual

A Autarquia Pública Municipal, como é de conhecimento geral, possui natureza jurídica de ente público que integra a Administração Pública indi-

149 Conflito de Competência nº. 0007439-72.2014.8.19.0000 - Julgamento em 24/03/2014 – Relator: Desembargador Jessé Torres. Votação unânime.

reta como entidade autônoma criada por lei específica. A personalidade jurídica própria da Autarquia Pública Municipal lhe concede certa independência para portar direitos e contrair obrigações; prescindindo, de certa forma, da Administração Pública direta para realizar fins públicos específicos.

Sobreleva anotar que a Autarquia Pública, de modo geral, seja ela municipal ou estadual, é constituída com o fito de satisfazer interesses públicos, desempenhar funções típicas do Estado, sem intenções de auferir proveito financeiro. Nessa esteira, a autonomia concedida a essas atividades tem por mote a adequada execução dos serviços para o qual a autarquia foi criada.

Pela própria *ratio essendi* da Autarquia, pontue-se que o tratamento dispensado à personalidade jurídica deve ser diferenciado nos tribunais. Não se está cogitando de entidade que visa à obtenção de lucro. Pelo contrário, a lógica subjacente à figura da autarquia municipal, intenta conceder autonomia a um serviço, dando-lhe personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprias para a persecução de atividades caracteristicamente da Administração Pública.

Em arrimo ao exposto, o texto constitucional concede privilégios de foro – em âmbito federal – às entidades dessa natureza, como se nota do artigo 109, I da CF, em que as causas que envolvem a União – entidades de Autarquia ou Empresa Pública federal no polo passivo ou ativo – serão de competência da Justiça Federal. Por sua vez, em meio à Justiça Estadual, a tutela dos interesses que envolvem a Fazenda recebe tratamento igualmente especial. É o que se depreende do enunciado sumulado.

Das mudanças realizadas pelas Resoluções n° 22/2013 e 34/2013 que alteraram o art. 6° e 6°-A, respectivamente, do Regimento Interno do TJRJ estabeleceu-se que a competência das Câmaras Cíveis da 1ª a 22ª para processar e julgar, em âmbito recursal, as causas que demandem interesses que afetem a Fazenda[150].

150 Art.6° - Compete às Câmaras Cíveis de numeração 1ª a 22ª:
***II** - julgar: **I –** à Câmara Cível, a que houverem sido distribuídos, antes de 2 de setembro de 2013, recursos, conflitos de competência ou de jurisdição, reclamação, mandado de segurança ou habeas corpus serão distribuídos todos os outros recursos e incidentes suscitados por decisões neles proferidas;*

A dicção do Regimento é muito clara ao estatuir, de forma excludente, que as causas que tangem ao artigo 86 do CODJERJ seriam de competência das Câmaras Cíveis comuns e não das Câmaras especializadas, como faz crer a redação do art. 6-A ao rechaçar o que estivesse elencado no artigo 86 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, das Câmaras especializadas em Direito do Consumidor. [151]

A redação do artigo 86, após a alteração promovida pela Resolução 29/2011 do Órgão Especial, sepultou a discussão quanto à competência para processar e julgar as causas que envolvam esses entes públicos quando a lide for discutida no primeiro grau de jurisdição. Por seu turno, a leitura integrada dos dispositivos aqui transcritos sacraliza o curso que os litígios devem percorrer quando a matéria controvertida cuidar de interesses que envolvam a Fazenda Pública.

Repise-se, neste ponto, que o CODJERJ circunscreve a competência dos processos nos quais a Fazenda Pública seja Ré ou Autora na forma do artigo 86 e, em sequência, no que tange ao duplo grau de jurisdição, o art. 6º-A do REGITJRJ cristalizou a competência das Câmaras Cíveis Comuns para apreciar estes tipos de recursos.

Por esse viés, a Súmula, objeto desses breves comentários, estatui o que a natureza do ente público – Autarquia Municipal –, conjuntamente, com disposição *interna corporis* do Tribunal é capaz de inferir: quando a questão litigiosa envolver a Autarquia Pública municipal, a competência será das Câmaras Cíveis numeradas da 1ª à 22ª.

Art. 6º-A. *Compete às Câmaras Cíveis de numeração 23ª a 27ª, no âmbito de sua especialização nas matérias cujo processo verse sobre direito do consumidor:*
II – *julgar:* ***a) as apelações e agravos; § 2º. Ficam excluídas da competência das Câmaras Cíveis de numeração 23ª a 27ª as causas previstas nos arts. 86*** *e 97 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro.* (grifou-se)

151 ***Art. 86*** *- Compete aos juízes de direito, especialmente* ***em matéria de interesse da Fazenda Pública****:*
I - Processar e julgar:
a) as causas de interesse do município ou de autarquia, empresa pública, (1) sociedade de economia mista e fundações municipais; (grifou-se)

Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações entre usuário e prestador do Serviço Público

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações entre usuário e prestador do serviço público é matéria que divide os mais renomados autores. Embora unânime o entendimento quanto à necessidade de se conciliar o sistema de tutela consumerista com o interesse público presente nessas atividades, não são poucas as divergências quanto à forma e situações nas quais o CDC será aplicado.

Some-se a esta problemática a questão federativa existente na aplicação sem ressalvas do CDC aos serviços públicos de competência estadual ou municipal, lei da União que, entretanto, teria de se subordinar às disposições de cada ente federativo acerca de seus próprios serviços.

O legislador dispôs expressamente quanto à incidência das normas consumeristas às relações entre usuário e prestador de serviço público, tanto no CDC – arts. 4º, II, 6º, X e 22 – como na Lei 8987/95 – art. 7º, *caput*. Assim, tem-se preliminarmente que o sistema de proteção conferido ao Consumidor não pode ser afastado, nem mesmo daqueles serviços desempenhados diretamente pelo Estado.

Entretanto, devido à natureza da atividade em comento, tal aplicação jamais será irrestrita. Conforme definição do Prof. Alexandre Santos de Aragão, serviço público é a atividade *"de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade*[152]*."* Ao contrário das atividades econômicas comuns, que trabalham com usuários individualmente considerados, os serviços públicos devem observar seus usuários como integrantes de um mesmo grupo social.

Disto decorre que a relação jurídica entre usuário e prestador do serviço público possuirá sempre uma dupla natureza, marcada por dois polos

152 ARAGÃO, Alexandre Santos. Curso de Direito Administrativo. Editora Forense.

de interesses diversos. Se de um lado temos o interesse público da atividade, que a caracteriza enquanto serviço público, de outro nos deparamos com o interesse privado, tanto do usuário como, em muitos casos, do próprio prestador do serviço.

A identificação do regime jurídico aplicável, neste cenário, deve passar pela ponderação dos interesses envolvidos, à luz do caso concreto. Em outros termos, se diante de determinada hipótese, o interesse público presente se sobrelevar ao privado, o regime aplicável será o de direito administrativo, afastando-se a incidência das normas consumeristas.

Contribuição da Súmula

A Súmula em comento, ao consolidar a competência das Câmaras Cíveis Não-Especializadas para análise de demandas envolvendo serviço público de esgotamento sanitário prestado por autarquia municipal, enfatiza o interesse público presente nessas hipóteses – pretensão em face da Fazenda Pública – que se sobrepõe ao aspecto consumerista da relação jurídica entre usuário e prestador. Tratando-se de Autarquia, ente da Administração Pública[153], impõe-se reconhecer o caráter eminentemente público da atividade, que não possui finalidade de lucro, ao contrário dos serviços públicos delegados.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o serviço de esgotamento sanitário é desempenhado majoritariamente pela Companhia Estadual de Águas e Esgotos, respeitado o interesse de cada município em instituir o seu próprio serviço sanitário – art. 1º, §2º do Decreto-Lei Estadual 39/1975, que criou a Companhia. Ressalte-se que nos termos do art. 30, I, V e VII da Constituição, o Serviço Público de esgotamento sanitário é de competência municipal, diante do interesse local da atividade.

A CEDAE, Sociedade de Economia Mista[154] formada por capitais públicos e privados, continua a atrair a competência das Câmaras de Consumo.

153 Nos termos do art. 5º, I do Decreto Lei 200/67, define-se Autarquia como "o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

154Nos termos do art. 5º, III do DL 200/67, *"entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta".*

Isto porque a Súmula em comento, ao destacar a natureza fazendária da pretensão movida em face de entidade autárquica municipal, estabeleceu importante paradigma para se diferenciar o regime jurídico aplicável ao mesmo serviço, de acordo com a pessoa jurídica que o prestar.

Tratando-se de serviço delegado, à natureza pública da atividade soma-se a finalidade lucrativa da concessionária, que portanto, atrairá a tutela consumerista, conferindo um âmbito de atuação mais amplo às normas do CDC. Ao contrário, versando o caso sobre serviço prestado diretamente pela Administração Pública, através de entidade autárquica, estará o interesse público predominando sobre o privado, atraindo a competência fazendária.

Independentemente da hipótese que analise, o operador deverá ter sempre em mente a dupla natureza – pública e privada – da relação jurídica entre prestador e usuário do serviço. O simples fato de tratar-se de serviço público prestado por entidade autárquica não elimina a aplicação do CDC, entretanto, serve de parâmetro limitador à incidência deste diploma, afastando a competência das Câmaras Especializadas.

CONCLUSÃO

A Súmula 305 consolidou importante paradigma na caracterização das relações jurídicas entre usuário e prestador do serviço público. Embora verse especificamente sobre o serviço de esgotamento sanitário desempenhado por autarquia municipal, entendemos que sua lógica pode ser aplicada a situações análogas, não apenas a fim de fixar a competência para análise dos casos, mas sobretudo a fim de caracterizar a relação jurídica entre usuário e prestador do serviço.◆

SÚMULA Nº 306

"Os recursos nas demandas que envolvam operações bancárias entre instituição financeira e cliente na qualidade de destinatário final são da competência das Câmaras Especializadas em matéria de consumo".

Referência[155]

MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA
DESEMBARGADORA

A criação das Câmaras Cíveis Especializadas em matéria de direito do consumidor foi prevista na Lei estadual nº 6.375 de 27 de dezembro de 2012 e sua implantação e funcionamento, possivelmente por conta da generalidade com que estava sendo tratada a matéria submetida à sua competência, levou à constatação imediata da enorme desproporcionalidade entre os feitos distribuídos às novas Câmaras e suas congêneres não especializadas, colocando em risco a célere entrega da prestação jurisdicional e a garantia do direito à razoável duração do processo (art. 5º LXXVIII da CF).

Assim, impositiva se tornou a adoção de uma política capaz de solucionar o crescente número conflitos de competência que passaram a ser suscitados seja pelos novéis colegiados seja pelas Câmaras Cíveis não especializadas, seguindo-se a edição de inúmeras súmulas, cujos enunciados traçam as diretrizes determinantes, segundo a doutrina e a jurisprudência, do que deve ser ou não entendido como uma relação de consumo.

De partida, cumpre ressalvar que há entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a competência em razão da matéria é estabelecida mediante análise da causa de pedir e do pedido deduzidos na petição inicial, descabendo realizar-se um pré-julgamento da matéria.

O art. 2º do CDC define o consumidor como "*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*",

155 Conflito de Competência nº 001916-79.2014.8.19.0000, Julgamento em 05/05/2014, Relator Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Votação unânime.

definição que se soma ao previsto nos arts. 17 e 29, que tratam dos consumidores equiparados.

Cuida-se, portanto, de conceito padrão, cuja observância pelo intérprete quanto à definição assume acentuada relevância no campo das relações jurídicas de consumo, contratuais ou não.

Com efeito, a melhor doutrina e a jurisprudência paulatinamente delinearam conceitos a fim de estabelecer o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, cujo diferencial está exatamente no aspecto subjetivo (consumidor e fornecedor/prestador de serviços), de forma que, em suma, em diálogo com outras fontes de direito privado, "*se aplica sobre quase todas as relações privadas entre um sujeito vulnerável, o consumidor ou consumidor equiparado e um sujeito mais forte, ou profissional, o fornecedor ou empresário*". (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2007, p. 66).

Como se vê o campo é amplo e especial, justamente em face do mandamento constitucional de proteção do consumidor previsto no art. 5º, XXXII da CRFB/88, de notória preocupação com os vulneráveis, em relação aos quais o Código faz distinção, preocupando-se em identificar o destinatário final do produto ou serviço inserido no mercado de consumo. Daí a concentração fundamental em precisar a finalidade da aquisição ou da utilização, ou seja, a destinação final.

Neste mister, CLÁUDIA LIMA MARQUES (2006) é pioneira em identificar a existência de pelo menos duas correntes doutrinárias: os finalistas e os maximalistas.

Segundo ela (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2007, p. 69), o finalismo, a expressão "destinatário final" deve ser operacionalizada de forma restrita, ou seja, sob os princípios reitores expressos nos arts. 4º e 6º, dentre os quais assume acentuada relevância a vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais de mercado. Confira-se:

> "*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, leva-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 proteção cujo preço será incluído no preço final do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição".*

Já a teoria maximalista, de acordo com a proficiência da referida doutrinadora (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2007, p. 69), não se interessa pela aferição da vulnerabilidade do destinatário final, sendo descrita da seguinte forma:

> *"O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papeis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome".*

SÉRGIO CAVALIERI (2008, p. 470) assinala que:

> *"Embora incluída no conceito de consumidor (art. 2º do Código de Defesa do Consumidor), a dificuldade está em saber quando a pessoa jurídica é destinatária final de produtos e serviços. Destinatário final pressupõe "o uso privado" de bens ou serviços consumidos; que o bem utilizado reverta, diretamente, na satisfação de uma necessidade econômica do consumidor, vindo daí a distinção entre* ***bem de produção e bem de consumo****. Todos estão de acordo que bens utilizados como insumos dos produtos que a empresa produz, como matérias primas, peças ou outros componentes básicos, não são bens de consumo, pelo que não geram relação de consumo. Mas o que dizer daqueles produtos e serviços, que embora não empregados como insumos na produção de outros bens ou serviços, são necessários, todavia, ao desempenho*

> *da atividade lucrativa? São os chamados* ***bens e serviços de "consumo intermediário",*** *como máquinas produtoras, instalações, mobiliários, sistemas de computadores e todos os demais bens e serviços indispensáveis ao funcionamento da empresa".*

A evolução exegética tem importante *leading case* no julgamento da Sentença Estrangeria Contestada nº 5847, de relatoria do Min. Maurício Correia, julgado em 01/12/1999 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual foi claramente acolhida a teoria finalista:

> *EMENTA: HOMOLOGAÇÃO DE LAUDO ARBITRAL ESTRANGEIRO. REQUISITOS FORMAIS: COMPROVAÇÃO. CAUÇÃO: DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA IMEDIATA DA LEI Nº 9.307/96. CONTRATO DE ADESÃO: INEXISTÊNCIA DE CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS. INAPLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Hipótese em que restaram comprovados os requisitos formais para a homologação (RISTF, artigo 217). 2. O Supremo Tribunal Federal entende desnecessária a caução em homologação de sentença estrangeira (SE nº 3.407, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, DJ DE 07.12.84). 3. As disposições processuais da Lei nº 9.307/96 têm incidência imediata nos casos pendentes de julgamento (RE nº 91.839/GO, RAFAEL MAYER, DJ de 15.05.81). 4. Não é contrato de adesão aquele em que as cláusulas são modificáveis por acordo das partes. 5.* ***O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme dispõe seu artigo 2º, aplica-se somente a "pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".*** *Pedido de homologação deferido. (**grifei**)*

No avançar do tempo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante a aplicação da teoria finalista, porém, em uma interpretação mais aprofundada, ou a mitigação da teoria finalista original, segundo a qual o conceito-chave ou o centro valorativo é a vulnerabilidade, verdadeiro parâmetro para aferir, em especial no caso das pessoas jurídicas, se são profissionais-consumidores que "*reclamam mais benesses do que o direito comercial* [e o direito civil] *já lhes concede*". (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2007, p. 69).

Sob esta perspectiva, são pontos de concentração as vulnerabilidades fáticas, técnicas, econômicas, jurídicas e informacionais a serem aferidas em cada caso concreto, com o propósito de valorizar e estabelecer uma situação de equilíbrio em relação à parte mais fraca, o consumidor.

Confiram-se recentes exemplos práticos julgados pelo STF e pelo STJ:

> *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.*
>
> *O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.*
>
> *2. No caso, o Tribunal de origem concluiu que o bem oferecido em penhora era de difícil alienação e, por isso, entendeu por justificada a recusa do credor. Alterar tal entendimento é inviável em recurso especial, pois demandaria o reexame da prova dos autos.*
>
> *3. A empresa que celebra contrato de mútuo bancário com a com a finalidade de obtenção de capital de giro não se enquadra no conceito de consumidor final previsto no art. 2º do CDC. Precedente.*
>
> *4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, a que se nega provimento.*
>
> *(AgRg no AREsp 71.538/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 04/06/2013).*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECONÔMICO E CONSUMIDOR. REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ALEGAÇÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. CORREÇÃO DE ACOR-*

DO COM A COTAÇÃO DO DÓLAR AMERICANO. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. DEMANDA QUE NECESSITA DA ANÁLISE DE EDITAL. ÓBICE DA SÚMULA 454 DO STF. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA EM FACE DE OUTROS FUNDAMENTOS QUE OBSTAM A ADMISSÃO DO APELO EXTREMO. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal. 2. A violação indireta ou reflexa das regras constitucionais não enseja recurso extraordinário. Precedentes: AI n. 738.145 - AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJ 25.02.11; AI n. 482.317-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma DJ 15.03.11; AI n. 646.103-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJ 18.03.11. 3. As cláusulas contratuais ou editalícias e a verificação de suas validades encerram reexame de norma infraconstitucional, insuscetível de discussão via recurso extraordinário, incidindo, in casu, o óbice da Súmula 454 do STF, verbis: Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário. Precedentes: RE 599.127-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, Dje de 04/03/11, e AI 829.036-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 24/03/11. 4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: "CONTRATO - Fiança - Aquisição de máquina impressora importada - Correção das prestações de acordo com a cotação do dólar americano - Alegação de onerosidade excessiva - CDC - Inaplicabilidade – Destinatário final - Inocorrência - Autora não adquiriu a máquina impressora para consumo próprio, mas para ser utilizada em sua linha de produção industrial: impressão de livros, jornais, revistas, periódicos etc - A aquisição de bens, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e sim como uma atividade de consumo intermediária - Afastamento da incidência da legislação consumerista - Inexistência de cláusula abusiva na forma prevista no contrato para a correção das prestações - Descabimento do controle judicial em favor de quem livremente assumiu obrigação de pagamento em moeda estrangeira - Improcedência da ação revisional de cláusula contratual. HONORÁRIOS

DE ADVOGADO - Arbitramento em R$ 3.000,00 - Redução - Descabimento - Atendimento das regras dos §§ 3o e 4o do art. 2o do CPC, diante do valor dado à causa. Recurso desprovido." 5. Agravo regimental desprovido.

(AI 818305 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 20-09-2012 PUBLIC 21-09-2012)

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.

3.- As razões do recurso especial não impugnaram todos os fundamento indicados pelo acórdão recorrido para admitir a exigibilidade da obrigação assumida em moeda estrangeira, atraindo, com relação a esse ponto, a incidência da Súmula 283/STF.

4.- Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1149195/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

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.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em face do nítido caráter infringente das razões recursais. Aplicação dos princípios da fungibilidade e da economia processual.

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 1371143/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 17/04/2013)

Estabelecidas as bases preliminares para o caso específico que este trabalho se propõe a comentar, não há como passar ao largo da súmula nº 297 do STJ, tampouco da análise do caso concreto que deu origem ao verbete nº 306 deste Tribunal de Justiça [Conflito de Competência nº 0001916-79.2014.8.19.0000, rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, DJe 05/05/2014], do qual extraio importante trecho:

"(...) o simples fato de a execução embargada estar fundada em cédula de crédito bancário não faz com que a relação existente entre as partes se afaste do Direito do Consumidor e passe a vincular-se "diretamente ao Direito Empresarial, notadamente, ao Direito Cambiário, com reflexos no Direito Civil."

A prevalecer tal entendimento, chegar-se-ia ao seguinte contrassenso: nas ações judiciais em que fosse discutido um inadimplemento contratual decorrente de uma relação de consumo, a competência para julgar os respectivos recursos seria das Câmaras Especializadas apenas quando o consumidor figurasse no polo ativo, ao passo que, se o fornecedor fosse o autor da ação, a competência seria a residual das Câmaras Cíveis.

Em outras palavras, numa relação de consumo, quando o suposto inadimplente fosse o fornecedor do serviço, a competência seria da Câmara Especializada do Consumidor, ao passo que, se o suposto inadimplente fosse o consumidor, a competência seria da Câmara Cível Comum. Por conseguinte, a competência deixaria de ser aferida em razão da matéria e passaria a ser aferida em razão da pessoa".

Fato é que com o advento do novo Código Civil houve importante aproximação principiológica em relação ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, inaugurando uma nova teoria geral dos contratos, como propugna o Enunciado Doutrinário nº 167 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

É correto dizer, portanto, que afastada a presença do destinatário final do produto ou serviço e mesmo inexistindo a vulnerabilidade, não se amoldará a hipótese ao dirigismo peculiar ao Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, vale registrar que o entendimento consolidado na mencionada súmula 306 tem sido amplamente acolhido pelas Câmaras Cíveis especializadas ou não, conforme se extrai dos julgados ora transcritos:

0027533-41.2014.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. MARCOS ALCINO A. TORRES - Julgamento: 16/06/2014 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - CONSUMIDOR

Agravo de instrumento interposto contra parte da decisão que, em ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória, demandada por pessoa jurídica em face de operadoras de telefonia, indeferiu a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Nos termos do artigo 2º do CDC consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Diante da restrição conceitual, passou-se a enfrentar algumas situações em que pessoas jurídicas, intermediadoras na produção e distribuição dos bens de consumo, encontravam-se, também, em posição de vulnerabilidade técnica, informacional e até mesmo econômica frente a relações negociais diversas de sua atividade-fim. Não por acaso, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou controvérsias que envolviam a aplicação do Código do Consumidor a sociedades empresárias. Por meio de mitigação da teoria finalista, desde que comprovada sua vulnerabilidade, decidiu, excepcionalmente, reconhecer a relação jurídica de consumo. Nem sempre a sociedade empresária detém o conhecimento técnico sobre todos os aspectos que envolvem a realização de seu objeto social. Para esse fim, a organização da atividade econômica da empresa depende, ou pode depender, face á sua dinâmica, de outros aspectos. No caso concreto, o agravante depende da prestação do serviço de telefonia móvel para agregar valores à organização de sua atividade econômica, mas, inelutavelmente, não detém conhecimento técnico sobre ele, alheio à sua "expertise". Analisando os autos, verifica-se que o agravante encontra-se em situação de hipossuficiência técnica perante o prestador do serviço. Qualquer circunstância de fato que faça com que, para a parte autora, seja consideravelmente mais difícil produzir a prova do que para a parte ré produzir a contraprova, configura a hipótese

de se conceder a prerrogativa legal que visa a facilitar a defesa do consumidor. Provimento ao recurso.

0000317-32.2008.8.19.0060 - APELACAO

DES. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 04/06/2014 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR

Apelação Cível. Ausência de relação de consumo. Relação intermediária de fomento da atividade empresária. Declínio de competência. A competência desta Câmara Cível, especializada em direito do consumidor, encontra-se prevista no art. 3º, §1º da Lei Estadual 6375/12. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante a aplicação da teoria finalista, que considera o destinatário final, tão somente, o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Precedentes citados: REsp 1358231/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 17/06/2013;REsp 733.560/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ 02/05/2006, p. 315; REsp 1027165/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011; 0023807-03.2007.8.19.0001 - APELAÇÃO - DES. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 25/09/2013 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR; 0136748-61.2005.8.19.0001 - APELAÇÃO - DES. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 08/10/2013 - VIGESIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR;0066617-85.2010.8.19.0001 - APELAÇÃO DES. MARIA LUIZA CARVALHO - Julgamento: 26/02/2014 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. DECLINA-SE DA COMPETÊNCIA PARA CÂMARA CÍVEL NÃO ESPECIALIZADA.

0064420-26.2011.8.19.0001 - APELACAO

DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 19/03/2014 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

> APELAÇÃO CIVIL. CIVIL. MÚTUO BANCÁRIO. PERDA DA PROVA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. CONTRATO POSTERIOR À MP Nº 1.963-17/00. POSSIBILIDADE. 1. Agravo retido contra decisão que decretou a perda da prova. Embora a perícia tenha sido requerida pelo ora Apelante e deferida pelo i. sentenciante, com o correspondente arbitramento dos honorários periciais, a parte interessada deixou de recolher a verba honorária para a realização dos trabalhos. Art. 33 do CPC. Ausência de justa causa (art. 183 do CPC). Perda decretada corretamente. 2. Inexistência de relação de consumo. Definição de consumidor do art. 2º a Lei nº 8.078/90 que não permite que a Apelante seja caracterizada como adquirente de um serviço como destinatário final, visto que a destinação dada ao capital obtido e representado na cédula de crédito é o próprio negócio, funcionando com verdadeiro insumo à atividade empresarial. 3. A Corte Superior firmou entendimento no julgamento do REsp 973.827/RS, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, pela possibilidade de capitalização dos juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após a MP nº 1.963-17/2000, em vigor como MP nº 2.170-01, desde que expressamente pactuada. 4. Capitalização mensal dos juros prevista contratualmente. Contrato prévia e devidamente assinado, de onde se extrai a legitimidade dos valores imputados a este título. 5. Limitação imposta pelo Decreto nº 22.626/3 à taxa de juros que não é aplicável às instituições financeiras. Súmula nº 596 do STF. 6. Razoabilidade da taxa de juros pactuada no contrato que não foi afastada pela prova técnica, ante a decretação da perda da prova. Ausência de prova de que as demais tarifas seriam abusivas. Ônus do Autor que não se desincumbiu de produzir prova dos fatos constitutivos do direito alegado, nos termos do art. 333, I, do CPC. 7. Sentença de improcedência que deve ser mantida. 8. Recurso a que se nega provimento.

Sendo essas as breves considerações que entendemos oportuno destacar, acreditamos que com o tempo a doutrina e a jurisprudência trarão novas abordagens sobre o tema.◆

BIBLIOGRAFIA

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe, *Manual de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Tiragem, 2007, p.66-69.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de Responsabilidade Civil, 8º ed., São Paulo: Altlas, 2008, p. 470.

MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NETO, Orlando Celso da Silva, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SÚMULA Nº 307

"Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas em consumo, as demandas que envolvam atividade intermediária, assim entendida como aquela cujo produto ou serviço é contratado para implementar atividade econômica, porquanto não está configurado o destinatário final da relação de consumo".

Referência[156]

PETERSON BARROSO SIMÃO
DESEMBARGADOR

APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS ATIVIDADES INTERMEDIÁRIAS DA CADEIA DE FORNECIMENTO

A questão da competência das Câmaras Cíveis Especializadas em Direito do Consumidor tem atraído o foco dos excelentes trabalhos produzidos no Órgão Especial deste Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O grande mérito deste debate é dar aplicação e limite ao direito do vulnerável eleito pela Carta Magna como destinatário de um microssistema legislativo apto a produzir efeitos sociais cuja grandeza deve ser sopesada pela interpretação dos juristas aos quais serve de instrumento de trabalho.

Na vertente jurisprudencial desse esforço foi editado o Verbete 307 da Súmula da Jurisprudência Dominante desta Corte, em votação unânime, tendo por referência o conflito de competência nº 0068179 30.2013.8.19.0000, julgado em 05/05/2014 sob a Relatoria do Ilustre Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo:

> Nº 307. "Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas em consumo, as demandas que envolvam atividade

156 Conflito de Competência nº 0068179-30.2013.8.19.0000 – Julgamento em 05/05/2014 – Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Votação unânime.

> intermediária, assim entendida como aquela cujo produto ou serviço é contratado para implementar atividade econômica, porquanto não está configurado o destinatário final da relação de consumo".

Com excelência o entendimento sumulado se respaldou em conceito básico a atrair ou repelir a legislação consumerista: o conceito de consumidor. De fato, se a atividade, por ser intermediária, não se destina ao consumidor, os conflitos que a envolvam não devem ser analisados pela ótica constitucionalmente destinada aos destinatários finais da relação de consumo, em princípio. Este é o conceito legal estabelecido:

> *Artigo 2º da Lei 8.078/1990. "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".*

A qualificação da relação consumerista deve observar a teoria finalista como regra, considerando o destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Daí ser considerado consumidor aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. O artigo 2° do CDC adota a teoria finalista ou subjetiva. Imperativo ser o destinatário fático do produto ou serviço, retirando-o da cadeia de produção, exigindo-se que inocorra revenda ou uso profissional do mesmo. Mister para a configuração do caráter consumerista que o bem não seja um recurso de produção, cujo preço integrará o valor final do produto ou serviço.

Uma releitura do tema mitigou a aludida teoria finalista para ampliar o conceito de consumidor, tornando-o capaz de abranger pessoas jurídicas, desde que verificado o inafastável caráter da vulnerabilidade previsto no artigo 4º do Estatuto consumerista:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de

> seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
>
> I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo…

Três são as modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em siuação de frente ao oponente negocial).

Se não configurada quaisquer das hipóteses da vulnerabilidade, não deve a parte se amparar sob a ótica da proteção reservada ao consumidor. Não basta a diferença de capital das pessoas jurídicas envolvidas. É preciso que se justifique a impossibilidade de prover a própria defesa em pé de igualdade com a parte contrária por deficiência flagrante. Do contrário, o tratamento excepcional tornar-se-ia a regra.

Daí se originou a duplicidade de entendimentos. A teoria finalista, baseada no objeto da relação de consumo (bem destinado à retirada definitiva da cadeia de consumo). E a teoria maximalista, calcada no sujeito a que se destina a proteção consumerista (vulnerável), para incluir no conceito os sujeitos profissionais em práticas que não ocupam o extremo da cadeia de consumo, já que reinserem o bem ou serviço adquirido para incremento de sua atividade.

Embora ostente uma aparência mais democrática e abrangente, a teoria maximalista indevidamente aplicada poderia conduzir ao desvirtuamento o Código de Defesa do Consumidor, transformando-o em recurso de manipulação das relações negociais e do curso dos impulsos empreendedores na sociedade. Afinal, independentemente do porte de seus recursos, todo aquele que opta pela trilha do negócio próprio deveria se conscientizar que assume o risco do empreendimento, proporcionalmente ao vulto do mesmo. A vulnerabilidade deveria ser presumida por lei e não avaliada casuisticamente, o que é, aliás, o traço distintivo entre a vulnera-

bilidade e a hipossuficiência. No entanto, o que ocorreu na prática foi um deslocamento do conceito de vulnerabilidade para uma esfera subjetiva, envolvendo a experiência de vida pessoal do intérprete, já que o conceito de consumidor delineado pela teoria maximalista decorreu de uma interpretação extensiva, sem parâmetros de medida fixados por lei.

Assim o julgador ganhou uma margem de atuação elástica, ao comparar dois agentes empreendedores para definir se existe entre eles um vulnerável. O parâmetro mais tangível, porém distante do escopo da lei é a comparação entre os capitais sociais ou a popularidade dos fornecedores/prestadores em conflito. O capital social declarado pode não corresponder à realidade do empreendimento. A valoração do *status* social da empresa junto à sociedade depende da vivência do julgador fora do mundo jurídico, já que, por não constituir o mérito da causa, o porte das partes geralmente não é objeto de prova nos autos. E esta valoração exercerá grande influência sobre o deslinde do processo, porque um preceito bíblico se cumpre no microssistema consumerista:

> "Quando somos fracos, então é que somos fortes" (2 Coríntios 12:10)

Ou seja, a parte qualificada como vulnerável contará com os institutos benéficos da legislação consumerista: a inversão do ônus da prova, a presunção de boa-fé do consumidor, a alternatividade quanto à competência em razão do domicílio, a vedação da intervenção de terceiros invocados pela reclamada..., aumentando sua força, sua probabilidade de sucesso na empreitada processual. Então, se não era verdadeiramente vulnerável, o peso do Código de Defesa do Consumidor penderá na balança em favor de uma das partes quando o instrumento já se encontrava em equilíbrio, promovendo assim manifesta injustiça.

É possível que se acuse o verbete 307 acima transcrito de trilhar na contramão da tendência dos Tribunais Superiores, que é o reconhecimento da figura do consumidor intermediário como sujeito de direito do microssistema consumerista. Contudo, uma análise histórica do tema conjugada com a análise das competências do Tribunal de Justiça Estadual e do Superior Tribunal de Justiça leva à conclusão de que o entendimento

sedimentado por esta Corte Estadual perfilha a mesma tendência da Corte Superior. Depois de aplicar estritamente a teoria finalista em seus julgados, os Doutos Ministros inclinaram-se em maioria ao comedimento na extensão do conceito de consumidor, voltando a prestigiar a teoria finalista, ainda que de forma mitigada, como forma de retomar o controle da aplicação da legislação do consumidor, ponderando a inclusão do "consumo intermediário" no ordenamento protecionista. O Recurso Especial n. 661.14513 julgado em 22/02/2005, da relatoria do Min. Jorge Scartezzini, foi um importante precedente na adoção da teoria finalista mitigada, exigindo-se prova da vulnerabilidade para o amparo das benesses consumeristas ao consumidor profissional. Urge frisar que, como impedido de revolver a instrução probatória dos processos, o STJ admite a figura do consumidor intermediário sob a condição de prova da vulnerabilidade que não chega a verificar, sempre confirmando o posicionamento do Tribunal Estadual. Nesta Corte, o que se verifica é que, não sendo o porte técnico/ jurídico/ fático da parte mérito do processo, raramente a respectiva prova consta nos autos. E sendo excepcional (sob exigência de prova) a vulnerabilidade acaba sendo rechaçada, dando lugar à aplicação da teoria finalista.

Afinal, esse é o norte da Constituição Federal, que não contempla a relação de consumo, mas, expressamente, a pessoa do consumidor:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)
>
> V - defesa do consumidor;

Por isso, a mitigação da teoria finalista (e não a teoria maximalista) tem sido majoritariamente aplicada sob a condição de prova da vulnerabilidade alegada pelo beneficiário. Veja-se:

> RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO BANCO BRB AFASTADA E, NO MÉRITO, REJEITADOS OS

> EMBARGOS DOS DEVEDORES PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IRRESIGNAÇÃO DOS EMBARGANTES/EXECUTADOS. Embargos de devedores promovidos em face de execução lastrada em cédula de crédito comercial emitida pela empresa executada (...)
>
> 3. 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). Tribunal de origem que afirma ter o financiamento sido obtido para o fomento da economia da empresa. Incidência do óbice da súmula 7/STJ.
>
> 4. Sendo inaplicável, na hipótese, o diploma consumerista restou inviabilizada a inversão probatória prelecionada no artigo 6º, VIII do CDC, razão porque, a alegação de adequada comprovação do fato constitutivo do direito da parte autora (art. 333, inciso I do CPC) ficou obstada por incidência da súmula 7 do STJ, haja vista que o Tribunal local declarou não comprovados os vícios ou defeitos do contrato no tocante à onerosidade excessiva. (REsp 1086969/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 21/05/2014)

Cumpre esclarecer que sequer a classificação da empresa como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) é argumento jurídico bastante para aplicação dos benefícios da legislação consumerista sem prova da efetiva vulnerabilidade a ser alegada pela interessada. Porque, se por um lado a classificação pela receita bruta limitada traz presunção de redução de recursos, por outro, pode significar também uma estruturação simplificada que facilita o controle da defesa de seus interesses. As grandes empresas podem dispor da fartura de recursos (técnicos, financeiros) para lhes favorecer nos trabalhos jurídicos, mas por outro lado, muitas vezes têm sua defesa dispersa pela quantidade de processos que integram e pela variedade de profissionais jurídicos que os assistem. Assim, é possível

que haja equilíbrio entre as partes independente da disparidade entre suas estaturas. Portanto, se não são objetivos os critérios de aferição da vulnerabilidade, deve-se exigir farta prova de quem a alega fora do conceito padrão de consumidor. A classificação em vulnerável deveria decorrer da identificação do consumidor, não deveria ser um requisito de seu conceito, conforme máxima doutrinária:

> "A vulnerabilidade é traço universal de todos os consumidores, ricos, pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos." (BENJAMIN, Antônio Hermann de Vasconcellos e. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Forense, p. 224/225.)

Por sua vez, para qualificar-se como destinatário econômico final, o consumidor deve provar que o produto ou serviço adquirido ou utilizado não guarda qualquer vínculo direto ou indireto com a atividade econômica por ele desenvolvida. Somente o atendimento de uma necessidade própria, pessoal do contratante leva à sua qualificação como consumidor na relação controvertida. Deve-se excluir da incidência do Código de Defesa do Consumidor as relações para fomento da atividade final lucrativa. A comunicação telefônica, a internet, o transporte de insumos e mercadorias, o alarme de segurança... tudo que se instala para captação de clientes, facilitação do relacionamento com fornecedores, garantia do desenvolvimento da atividade fim do empreendimento ... está inserido na cadeia de produção/prestação sem encerrá-la, de forma que não configura, em princípio, relação a que se deva aplicar a legislação destinada ao consumidor.

Logo, o verbete 307 da Súmula deste Tribunal resgata em parte a definição do consumidor a quem verdadeiramente a Constituição Federal pretendeu prestigiar, apenas devendo-se ressalvar a extensão da benesse pela aplicação excepcional do conceito da vulnerabilidade. Talvez a ressalva não tenha constado para ressaltar a sua excepcionalidade, já que a interpretação extensiva que alguns juristas vinham querendo adotar desvirtuava o espírito legislativo do microssistema consumerista. Porque o escopo a ser prestigiado dentre tantos é o de dar cumprimento ao mandamento constitucional de proteção ao consumidor, conforme determinado

na Carta Maior:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
>
> XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

No mesmo sentido foram publicados os Verbetes da Súmula deste Tribunal: 303 (capital de giro), 306 (operações bancárias para destinatário final). E em sentido oposto: 308 (telefonia para pessoa jurídica destinatária final), 309 (recurso em execução por quantia certa contra solvente sem questão do negócio de origem), 310 (micro empresa ou empresa individual contra concessionária de serviços públicos), 311 (serviços bancários em relação intermediária para micro empresa e empresa individual), 312 (direito de crédito das instituições financeiras).

A razão da Lei de organização interna do Tribunal deve ser sim garantir a razoável duração do processo em todas as matérias. Nunca olvidar a distribuição racional do serviço que viabilize a justa distribuição do direito por seus operadores a todos os jurisidicionados, independentemente do valor da causa ou da eventual repetibilidade dos assuntos tratados, pois, até para concluir por esta, deve se analisar detidamente as provas e alegações apresentadas. Dentro deste raciocínio, nada mais sensato do que interpretar a competência especializada sob a luz dos Princípios Consumeristas, prestigiando a vulnerabilidade real. Deve-se rechaçar a transformação das Câmaras de Direito do Consumidor na vala comum para onde se destinam todos os feitos sobre os quais paire a dúvida, a fim de garantir a qualidade do serviço de jurisdição ao consumidor. Deve-se esquecer as questões de competência encerradas em formalidades ou em argumentos puramente processuais, e adotar o foco constitucional: tratar com desigualdade os desiguais sim, mas antes verificando se a disparidade se encontra na esfera capaz de prejudicar o desempenho processual do suposto vulnerável, para não tornar a desigualdade regra de presunção a distribuir

injustiça, esquecendo-se do verdadeiro destinatário da proteção diferenciada.

Todos precisam ter a firme consciência de que as Câmaras Especializadas em Direito do Consumidor, neste momento de recente criação no Estado, merecem especial atenção, prestígio e distribuição razoável e não impossível de processos, pois há o intenso interesse de resolver com celeridade os conflitos que surgem, afastando para sempre a conhecida morosidade. Esta palavra não existirá enquanto o Egrégio Órgão Especial, por meio de seus notáveis Membros, entender o real espírito e a leitura que se deve ter sobre o Código de Defesa do Consumidor.◆

SÚMULA Nº 309

"Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas recursos em ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, mesmo que o crédito exequendo resulte de relação de consumo, quando não oferecidos embargos de devedor ou quando estes não versarem sobre o negócio jurídico que deu origem ao crédito."

Referência[157]

ANDRÉ GUSTAVO CORREA DE ANDRADE
DESEMBARGADOR

Compete às Câmaras Cíveis Especializadas apreciar e julgar recursos e ações originárias que versem questões de Direito do Consumidor. É o que se extrai do artigo 20, § 1º, do CODJERJ e do artigo 6º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

É claro que, no julgamento dos feitos de sua competência, as Câmaras Cíveis Especializadas podem apreciar questões de outra natureza, processual ou material, sob a condição de que tais questões estejam vinculadas a uma causa que verse sobre relação de consumo. Assim, insere-se na competência das referidas Câmaras o julgamento de recursos oriundos de ação de cognição que tenha como causa de pedir remota relação consumerista, ainda que os recursos veiculem, por exemplo, exclusivamente questões processuais.

Na situação indicada na Súmula em comento, entendeu-se que a Execução fundada em título extrajudicial, em si considerada, não suscita o exame de questões relacionadas ao Direito do Consumidor, ainda que o crédito exequendo resulte de uma relação de consumo. Isso porque o processo de execução, em linha de princípio, por sua própria natureza, enseja cognição restrita, não dando ensejo ao exame de questões de direito material ou relacionadas ao Direito do Consumidor.

157 Conflito de Competência nº 0022141-23.2014.8.19.0000 – Julgamento em 26/05/2014 – Relator: Desembargador Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva. Votação unânime.

A situação muda de figura quando são apresentados Embargos do Devedor que versem sobre o negócio jurídico que deu origem ao crédito. Em tal hipótese, pode ser necessário o exame de questão afeta ao Direito do Consumidor, o que atrairia a competência das Câmaras Especializadas.

Versando, todavia, os embargos exclusivamente questões estranhas ao Direito Consumerista, a competência seria das Câmaras Cíveis Não-Especializadas.◆

SÚMULA Nº 310

"Incluem-se na competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas em que litigarem microempresa ou empresa individual contra concessionária de serviços públicos, em razão da vulnerabilidade".

Referência[158]

REGINA LUCIA PASSOS
DESEMBARGADORA

A orientação jurisprudencial estabelecida na súmula em análise deriva do julgamento do conflito de competência nº 0012599-78.2014.8.19.0000, tendo como suscitante a 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e como suscitado a 25ª Câmara Cível/Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A discussão é sobre a competência ou não da câmara especializada em matéria consumerista, para apreciar demandas que envolvam microempresa ou empresa individual contra concessionária de serviços públicos.

Por maioria, foi julgado procedente o conflito de competência, para declarar a competência das Câmaras Cíveis Especializadas, em tais demandas, em razão da presumida vulnerabilidade dessas pessoas jurídicas.

Inicialmente, cumpre salientar que a competência da Câmara Cível, especializada em direito do consumidor, encontra-se prevista no art. 3º, §1º, Lei 6375/12 da Lei Estadual, pelo qual *"As Câmaras Cíveis de numeração 23ª a 27ª terão competência especializada nas matérias cujo processo originário verse sobre direito do consumidor"*.

Diante da expressa previsão legal, a competência é absoluta por ser *ratione materiae*, limitando-se, assim, às demandas inerentes às relações de consumo.

158 Conflito de Competência nº 0012599-78.2014.8.19.0000 – Julgamento em 26/05/2014 – Relator: Desembargador Marcus Quaresma Ferraz. Votação por maioria.

E, nos termos do art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Como se vê na redação do dispositivo, três são os elementos que compõem o conceito de consumidor. Um deles é a pessoa física ou jurídica. Outro elemento é a aquisição de produtos ou serviços. E o último é a finalidade de utilização do produto ou serviço como destinatário final.

Em razão da divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do que seria utilizar um produto ou um serviço como destinatário final, surgiram diversas correntes, sendo duas as principais: a finalista e a maximalista.

Segundo a primeira corrente, denominada *Teoria finalista* ou *Teoria subjetiva*, deve-se partir do conceito econômico de consumidor, de modo que a expressão *"destinatário final"* seja interpretada restritivamente. Assim, somente seria consumidor aquele que utilizasse ou adquirisse um produto ou serviço para uso próprio ou de sua família.

Na visão do Professor Orlando Celso da Silva Neto[159]:

> *"Para a interpretação de acordo com a finalidade (destinação do produto ou serviço) da aquisição (a chamada intepretação finalista), destinatário final (e, portanto, consumidor) seria apenas aquele que adquire um produto para uso próprio e da família. Destinatário final seria o não profissional. O Código de aplicaria predominantemente quanto a aquisição é feita sem propósito econômico".*

Por outro lado, para a doutrina Maximalista, também denominada *Teoria objetiva*, o conceito de consumidor deveria ser estendido, de modo a abranger o maior número possível de relações. Assim, destinatário final seria o destinatário fático do bem, sendo dispensável avaliar eventual destinação econômica do produto ou serviço.

159 Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Editora Forense, 2013, p. 33.

Nas palavras do referido professor, *"o que interessa é que determinado produto, na forma como colocado no mercado, ao ser adquirido, é retirado do mercado e não destinado à revenda".*

Num primeiro momento, estabeleceu-se que a determinação da qualidade de consumidor deveria ser feita mediante aplicação da Teoria finalista, que, numa visão restritiva do art. 2º, do CDC, considera destinatário final, tão somente, aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

Dessa forma, ficaria excluído da proteção da Lei nº 8078/90 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.

Significa dizer que, somente poderia ser considerado consumidor, para fins de proteção pelo CDC, aquele que esgotasse a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

A título de exemplificação, a Lei de Ontário, do Canadá, estabelece que consumidor é aquele indivíduo que age para propósitos pessoais, familiares ou domésticos, não incluindo a pessoa que age para propósitos comerciais[160]. Por sua vez, a Lei Sueca de proteção ao consumidor, de 1973, conceitua consumidor como a pessoa privada que compra de um comerciante uma mercadoria, principalmente destinada ao seu uso privado e que é vendida no âmbito da atividade profissional do comerciante[161].

Registre-se, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro é tido como um dos mais avançados do mundo, na defesa e proteção da parte considerada mais vulnerável na relação de consumo, servindo de instrumento de promoção dos Princípios da justiça social e da dignidade da pessoa humana, insculpidos na Constituição da República Federativa de 1988.

A aludida discussão teve intensas variações na jurisprudência. Cite-se, por exemplo, os REsp nº 541867/BA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro,

160 Consumer Protection Act, de 2002. Definições.

161 FILOMENO, José Geraldo Brito Filomeno. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. Forense Universitária. 7ªedição, p.26, 27

Rel. p/ Acórdão Ministro Barros Monteiro, 2ª Seção, julgado em 10/11/2004, DJe 16/05/2005, p. 227; e o AgRg no REsp 1319518/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 05/02/2013, em que se decidiu que a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputaria como relação de consumo, mas sim como uma atividade de consumo intermediária. Caso em que seria inaplicável o Código Consumerista.

A jurisprudência do STJ, no entanto, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando *Finalismo aprofundado* ou *Teoria finalista aprofundada*. Vejam-se:

> *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.***
>
> *[...]*
>
> *4.- Agravo Regimental a que se nega provimento.*
>
> *(AgRg no REsp 1149195/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013) (Grifo nosso)*

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

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 nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psico-

lógica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).

[...]

7. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012)

PROCESSUAL CIVIL. SOCIEDADE ESTRANGEIRA SEM IMÓVEIS, MAS COM FILIAL NO PAÍS. DESNECESSIDADE DE CAUÇÃO PARA LITIGAR EM JUÍZO. MITIGAÇÃO DA EXIGÊNCIA LEGAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA.TEORIA FINALISTA.

1.- O autor estrangeiro prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil imóveis que lhes assegurem o pagamento.

2.- Tal exigência constitui pressuposto processual que, por isso, deve ser satisfeito ao início da relação jurídico processual. Nada impede, porém, que seja ela suprida no decorrer da demanda, não havendo falar em nulidade processual sem que haja prejuízo, especialmente em caso no qual a pessoa jurídica estrangeira já veio pagando adequadamente todas as despesas processuais incorridas e possui filial no país.

3.- No caso concreto, ademais, considerando-se o resultado da demanda, não faz sentido exigir a caução em referência. Não há porque exigir da recorrida o depósito de caução cuja finalidade é garantir o pagamento de despesas que, com o resultado do julgamento, ficarão por conta da parte contrária.

4.- A jurisprudência desta Corte, no tocante à matéria relativa ao consumidor, 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.

5.- O Acórdão recorrido destaca com propriedade, porém, que a recorrente é uma sociedade de médio porte e que não se vislumbra, no caso concreto, a vulnerabilidade que inspira e permeia o Código de Defesa do Consumidor.

6.- Recurso Especial a que se nega provimento.

(REsp 1027165/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011)

Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório.

- Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em beneficio próprio.

- Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica.

- Nesta hipótese esta justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova.

Recurso especial provido.

(REsp 1080719/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 17/08/2009) (Grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, é o entendimento dessa Corte Estadual.

1658504-33.2011.8.19.0004 – APELAÇÃO. DES. FERNANDO FOCH LEMOS - Julgamento: 31/03/2014 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. ADMINISTRATIVO, PROCESSUAL CIVIL e CONSUMIDOR. CONFLITO ENTRE CONCESSIONÁRIA DE ÁGUAS E ESGOTOS E CONSUMIDORA. INCIDÊNCIA DO CDC. SUSPENSÃO INDEVIDA DE SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DANO MORAL. [...] 1. As relações de consumo entre as concessionárias de serviços públicos e os respectivos consumidores são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual é lei principiológica que dá eficácia ao princípio constitucional dessa proteção. 2. Tal como a Constituição da República, o diploma não exclui do direito consumerista as sociedades de economia mista; ***o que caracteriza relação de consumo é a prestação de bens e serviços por um fornecedor profissional, de qualquer feição jurídica, a um destinatário final, profissional ou não, não importa se pessoa física ou jurídica, que em relação àquele esteja em posição de hipossuficiência, seja fática ou jurídica, seja técnica ou informacional****. [...]*

0348195-23.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO. DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 19/06/2013 - QUARTA CÂMARA CÍVEL. [...] ***Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Adoção da teoria finalista pelo colendo STJ. Expressão "destinatário final" que deve ser interpretada restritivamente. Com isso, o conceito de consumidor deve ser subjetivo e entendido como tal aquele que ocupa um nicho específico da estrutura de mercado - o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal. 7. Todavia, o próprio STJ, em decisões mais recentes, tem mitigado tal entendimento, para considerar a existência de uma presunção relativa de vulnerabilidade do***

> ***consumidor, inclusive pessoa jurídica, mormente na hipótese de se cuidar de pessoas jurídicas de pequeno porte, como no caso da demandante, sociedade de pessoas, do tipo simples*** *[...] DOU PROVIMENTO AO RECURSO*

Dessa forma, tem se admitido que, em certas circunstâncias, a pessoa jurídica que adquire um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidora, pelo fato de apresentar, face ao fornecedor, alguma vulnerabilidade, figura fundamental da Política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que, inclusive, legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

Além das já conhecidas vulnerabilidades técnica, jurídica e fática, a especificidade do caso requer, por vezes, novas formas de vulnerabilidades, capazes de atrair a incidência do Código Consumerista às relações de consumo.

Segundo ressalvas da Corte Especial, numa relação entre pessoas jurídicas, além das hipóteses de vulnerabilidade já estabelecidas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação do CDC, apesar de não haver expressão previsão legal acerca dessa presunção. O que mitiga os rigores da Teoria finalista e autoriza a equiparação da pessoa jurídica que realizou o negócio à condição de consumidora, de modo a atrair a competência da Câmara Cível especializada.

Exatamente como ocorre quando as microempresas ou empresas individuais, reguladas pela Lei complementar nº 123/2006, litigam com concessionária de serviços públicos. Em tais contratações, verifica-se que, existe uma relação de dependência e necessidade do serviço para o exercício da atividade empresarial. Até mesmo em razão do monopólio exercido pelas concessionárias, que restringe as opções de escolha do consumidor.

Assim, em razão dessa presumida vulnerabilidade que as microempresas ou empresas individuais apresentam face à concessionária de serviço público, deve ser aplicada a Lei nº 8078/90 e, consequentemente, ser definida a competência da Câmara Cível especializada em matéria de consumidor.◆

SÚMULA Nº 311

> "Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas que envolvam fornecimento de serviços bancários como relação de consumo intermediário, salvo no caso de micro empresa ou empresa individual."

Referência[162]

ISABELA PESSANHA CHAGAS

JUÍZA DE DIREITO

JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA CÍVEL DA CAPITAL E JDS DA 25ª CÂMARA CÍVEL DO TJ/RJ. PROFESSORA DE DIREITO CIVIL DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE – UFF. MESTRE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS PELA UGF E DOUTORANDA EM CIÊNCIAS JURÍDICAS PELA UNIVERSIDADE DE LISBOA.

O presente artigo se dispõe a breves comentários acerca da Súmula nº 311, aprovado pelo órgão especial em maio/2014, com a seguinte redação, *in verbis*:

> "Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas que envolvam fornecimento de serviços bancários como relação de consumo intermediário, salvo no caso de microempresa ou empresa individual".

O enunciado que foi sumulado decorreu de conflito negativo de competência entre as Câmaras Cíveis Especializadas do Consumidor e as demais Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo por objeto a análise de uma atividade de consumo intermediária, especificamente os serviços bancários, cabendo delinear-se tais atividades, quando praticadas por microempresas ou empresas individuais, pessoas jurídicas

162 Conflito de Competência nº 0015946-22.2014.8.19.0000 – Julgamento em 26/05/2014 – Relator: Desembargador Marcus Quaresma Ferraz. Votação unânime.

em destaque, para o fim de reconhecer-se a *contrario sensu* do disposto do verbete sumular, a concepção de consumidor, deslocando-se a competência para as Câmaras do Consumidor em tratando-se de tais sujeitos de direito mencionados.

Oportuno, inicialmente, alguns comentários sobre as microempresas e as empresas individuais, enquanto consumidoras.

Nos termos do art. 74, da Lei Complementar n 123/2006 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), expressamente, permite-se à microempresa e a empresa de pequeno porte figurar no polo ativo de ações perante o Juizado Especial Cível, não havendo, entretanto, amparo legal para interpretação extensiva.

Assim sendo, tratando-se de relação consumerista, há de incidir as regras e princípios insertos na sua Lei de Regência – CDC, quanto ao mais que dúvidas não se têm de que as regras do Estatuto do Consumidor são admitidas como normas de ordem pública e interesse social.

Quanto à Empresa Individual, o exercente da atividade econômica é denominado de empresário individual e tem o tratamento jurídico de empresas de pequeno porte, possuindo legitimidade para atuar como autora no Juizado Especial Cível (COELHO, 2012, P. 124).

Nas empresas individuais, o empresário é, em princípio, um comerciante em nome individual que explora uma atividade econômica sob a forma empresarial e, controvérsias à parte, todo o patrimônio deste responde perante os credores, não havendo um regime especial limitativo de responsabilidades, salvo o estabelecimento individual de responsabilidade limitada (ALMEIDA, 2003, p. 26).

A firma individual não se diferencia, por assim ser, da pessoa natural.

O art. 8º, § 1º da Lei 9.099/95, dispõe sobre as pessoas que podem litigar em sede de Juizados Especiais e, para além das pessoas físicas, incluem no rol as microempresas, e empresas de pequeno porte, bem como as empresas optantes pelo simples nacional, entendendo-se de pequeno porte as empresas individuais.

No início de vigência do CDC discutia-se se os serviços bancários estariam sujeitos às regras do CDC.

Par e passo a jurisprudência pacificou-se neste sentido. Contudo, a discussão que se seguiu foi a de que só as pessoas físicas poderiam alegar a aplicação do CDC nas operações bancárias, haja vista a hipossuficiência frente aos bancos e a vulnerabilidade técnica, o que afastava a hipótese de aplicação do CDC em relação aos serviços bancários prestados às pessoas jurídicas.

A Jurisprudência avançou e a partir da edição da Súmula 297 do STJ, pacificou-se o entendimento de que aplicar-se-ia o CDC às pessoas físicas e as microempresas, quando destinatários finais de operações realizadas frente às instituições financeiras, sempre que observados os pressupostos do art. 6, VIII, do CDC, sobretudo, a hipossuficiência financeira.

Segundo entendimento da doutrina e da jurisprudência pátrias, a interpretação da hipossuficiência não pode ficar limitada àquela situação econômica da parte que não ostenta possibilidade de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, em prejuízo de sua sobrevivência. Tem ela um âmbito maior, que se situa na intenção do legislador de, nas relações de consumo, dar um sentido de igualdade processual entre fornecedor e consumidor, quer seja ele pessoa física ou jurídica, de maneira que se o fornecedor tem melhores condições técnicas ou econômicas para produzir as provas, ao consumidor deve ser concedido o beneplácito da inversão do ônus da prova para corrigir a desigualdade de forças.

A Súmula 297, do STJ encerrou os debates acerca da aplicabilidade do CDC sobre os contratos bancários, estabelecendo que a legislação consumerista aplica-se, de forma irrestrita, mesmo em se tratando de pessoa jurídica.

Desta feita, em se tratando de contratos que partiram das instituições financeiras, impostos por adesão às pessoas físicas ou mesmo às microempresas e às empresas de pequenos portes, como verdadeiros contratos de adesão, em sua origem, torna-se evidente a aplicabilidade das regras do CDC, sobretudo, no dever de transparência, informação adequada, merecendo a inversão do ônus das provas, em atenção aos princípios da boa-fé objetiva e da confiança, pilares presentes no Estatuto Consumerista.

A própria razão do ser da Lei 9.099/95 está na busca de se irradiar a orientação da CF/88, visando estabelecer, juridicamente, o equilíbrio de uma igualdade entre fornecedores e consumidores, que na prática evidenciam-se, na grande maioria dos casos, desiguais.

O STJ adota a corrente finalista abrandada. O profissional pode ser considerado consumidor desde que comprovada a sua vulnerabilidade diante do caso concreto, o que se aplica às microempresas e empresas de pequenos portes.

A jurisprudência predominante defende que o contrato bancário, celebrado com pessoa jurídica para fins de aplicação em sua atividade produtiva, não faz incidir na espécie o CDC, tratando-se de atividade intermediária.

O que se busca é amparar o consumidor, vulnerável na situação fática, devendo o aplicador/intérprete da lei tomar precauções criteriosas quanto à aplicação das regras consumeristas, posto que a vulnerabilidade acaba, em certas situações, a recomendar a aplicabilidade ou não do CDC.

O STJ aceita a vulnerabilidade de pessoas jurídicas de pequeno porte e firmas individuais, como já ressaltado.

A Codificação do Consumidor é um sistema aberto que trabalha com o desequilíbrio contratual e a vulnerabilidade (técnica, jurídica ou fática) e até informacional, como destacado pelo Relator no conflito de competência que propiciou a elaboração desta Súmula.

Após oscilar entre as teorias maximalista e finalista para a aplicação do conceito de consumidor, com a adoção das regras do CDC, os Tribunais têm adotado uma nova posição, calcada na noção de consumidor final imediato e de vulnerabilidade, expresso no art. 4º, I, do CDC.

Claudia Lima Marques denomina-a de Finalismo Mitigado ou Teoria Finalista Aprofundada, saudando-a como "mais aprofundada e madura".

Lembra a ilustre Professora e Jurista que sua adesão torna-se adequada em casos que envolvam pequenas empresas, "fora de suas áreas de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços provada a vulnerabilidade" (MARQUES, 2010, p. 87).

Sem dúvida mesclam-se com esta nova teoria os critérios finalista e subjetivo, adotando-se a figura do consumidor por equiparação, na forma do art. 29, do CDC, quando comprovada a vulnerabilidade e a atuação fora do âmbito de sua especialidade, o que resta claro numa relação entre instituições financeiras e pequenas empresas ou microempresários.

Sem dúvida a mitigação da teoria finalista pura vai de encontro a uma interpretação sistemática e teleológica do CDC, frise-se quando se tratar de pessoas jurídicas com presunção de vulnerabilidade, dando margem à aplicação excepcional do CDC, coadjuvando-se com o princípio Constitucional de defesa do consumidor, insculpido nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF/88. (STJ, 3ª Turma – RMS – 27.512/BA. Rel. Nancy Andrighi, DJ de 23.09.2009).

A vulnerabilidade pode ser um estado permanente ou temporário, que torna o sujeito de direito mais fragilizado (desprotegido) devendo ser analisado, entretanto, no caso a caso.

A presunção de vulnerabilidade da pessoa jurídica deve ser provada no caso concreto e, numa análise sistemática do CDC, levando-se em conta, sobretudo, sua principiologia (os princípios não são apenas norteadores, mas devem ser aplicados quando possível, levando-se em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas existentes). Desta feita, o atual entendimento do STJ parece ser o mais consentâneo com a lógica jurídica.

O novo entendimento do STJ no tocante ao finalismo mitigado traduz a função hermenêutica do aplicador do direito.

Os Tribunais, no ato de julgar, não podem ficar engessados em soluções finais estéticas, em prejuízo do seu compromisso social-ético, devendo conduzir-se ao encontro da justiça concreta.

Citando o festejado John Ralws, uma sociedade só será justa quando suas instituições estiverem reguladas de forma efetiva a dois princípios: O primeiro que concede uma liberdade ampla de direitos para todos e o segundo que articule as desigualdades econômicas e sociais de modo que, ao mesmo tempo, redundem em maior benefício aos menos favorecidos e permita acessibilidade a todos em condições de eqüitativa igualdade de oportunidades (RAWLS, 2002, p. 33-34).

Saúdo, de maneira elogiosa, a Súmula 311, do TJ/RJ, desejando-lhe vida longa, dada a sua potencialidade normativa, podendo ser aplicada não obstante as mudanças temporais da realidade, já que efetivamente possui o critério do justo como valor ínsito no seu espírito (SARAIVA, 2009, p. 77).◆

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Antonio Pereira de. *Sociedades Comerciais*, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Jurídicas Contratuais*. 4 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RAWLS, John. *Justicia como Equidade*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SARAIVA, José Hermano. *O Que é o Direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 2009.

SÚMULA Nº 312

"Incluem-se na competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas que envolvam contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária quando o devedor obtém o crédito para aquisição de bem para consumo próprio."

Referência[163]

ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT
DESEMBARGADOR

O enunciado nº 312 da súmula deste Tribunal tem por referência e origem o conflito de competência nº 0006066-06.2014.8.19.0000, julgado em 02/06/2014 pelo Órgão Especial, sendo relator o eminente Des. Roberto de Abreu e Silva, cuja votação foi por maioria.

No referido conflito negativo de competência entre as 24ª Câmara Cível Especializada em Relação de Consumo e a 3ª Câmara Cível deste Tribunal, entendeu-se que a competência para a matéria objeto do enunciado sob comentário seria da Câmara Especializada em Matéria Consumerista, cuja discussão surgiu a partir de ação de busca e apreensão fundada em alienação fiduciária, promovida pelo credor, agente financeiro, em face do devedor consumidor.

Na ementa do acórdão do voto vencedor, destacou-se que: "*Eg. STJ já reconheceu a possibilidade de nestes tipos de ações o devedor alegar em sua defesa a abusividade de cláusulas contratuais, o que importaria na rediscussão do contrato. Como bem asseverado pelo Juízo Suscitado, que o tipo de contrato celebrado encontra-se elencado entre os assuntos de direito do consumidor indicados no item nº 7773 do Sistema de Gestão das Tabelas Processuais Unificadas. Por fim, é necessário esclarecer que a conclusão pela incidência ou não do CPDC nas diversas relações jurídicas depende de uma análise, criteriosa, de cada caso concreto, devendo não só observar os sujeitos*

163 Conflito de Competência nº 0006066-06.2014.8.19.0000 – Julgamento em 02/06/2014 – Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Votação por maioria.

ativos e passivos da ação, bem como a presença de vulnerabilidade técnica, econômica, jurídica e fática".

Ainda no corpo do acórdão, por tudo erudito em seus fundamentos, cita-se decisão do Egrégio STJ, que pontualmente reconhece a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas ações de busca e apreensão, em razão de contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária, considerados os personagens envolvidos.

Por evidente que a matéria pertence ao âmbito do microssistema do consumidor, tendo em vista o que já foi decidido pelo STF, na época, Adin-Ed 2591, sendo relator o Min. Eros Roberto Grau, que afirmou que as atividades econômicas múltiplas, prestadas pelas instituições do Sistema Financeiro Nacional, como fornecedores, frente aos consumidores finais, se incluem no mercado brasileiro de consumo *latu sensu*, sendo assim, constitucional, a referência existente no artigo 3º, §2º, do CDC.

E no âmbito do STJ, a questão então se tornou mais tranquila, por força do enunciado 297 da Súmula do STJ, sob a seguinte redação: "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*".

A questão da posição do consumidor na relação processual, como autor ou réu, é indiferente, desde que possa ele usufruir das vantagens do sistema que o favorece, no sentido de entendê-lo incluído na chamada Relação de Consumo, e que se prioriza com destaque aos sujeitos dessa relação, como corretamente lecionado por Sergio Cavalieri Filho, *verbis*:

> **"O Código volta a sua atenção não para o objeto da relação jurídica (tutela objetiva), mas para um dos sujeitos que dela participa – o mais fraco (tutela subjetiva). Nesse sentido a lição dos nossos mais autorizados consumeristas: 'Subjetivamente, o campo de aplicação do CDC é especial, regulando a relação entre fornecedor e consumidor (arts. 1º, 2º, 3º, 17 e 29) ou relação de consumo (arts. 4º e 5º) (...) Um Código para *agentes diferentes* da sociedade ou consumidores em relação entre *diferentes* (um vulnerável – o consumidor – e um *expert* – o**

fornecedor' (Cláudia Lima Marques, *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, Revista dos Tribunais, p. 31)".[164]

Sem desconhecer que a teoria subjetiva ou finalista prolongada vem sendo flexibilizada, tanto pelo STJ, quanto por nossa Corte, com reconhecimento da figura do consumidor equiparado, ao lado do consumidor *standard*, nos exatos termos do enunciado 312, o que se prestigia é exatamente essa figura do consumidor padrão, isto é, aquele que se põe como destinatário final do produto ou serviço para o consumo próprio, e assim, pondo fim à cadeia de circulação econômica do bem, na hipótese, o crédito ou dinheiro, como produto fornecido pelos agentes financeiros, de um modo geral, seja ele pessoa física, ou jurídica vulnerável.

A prevalência do sistema legislativo de consumo sobre o decreto regulador da busca e apreensão, disciplinada pelo decreto-lei 911/69, com as alterações da Lei 10.931/2004, conforme ressaltado no corpo do acórdão, no conflito negativo de competência, não altera a natureza da relação contratual existente que, na base, é de uma relação de consumo, por ser pertinente a uma operação de mútuo entre um fornecedor de crédito, e na outra ponta, um consumidor como participante do negócio jurídico.

O princípio da conservação ou manutenção do contrato, hoje sob a ótica do interesse social e dos deveres anexos de lealdade, transparência, cooperação e boa-fé objetiva, traz significativa restrição à antiga afirmação do *pacta sunt servanda* e da possibilidade de serem revisitadas, na preservação do contrato, tão somente as questões que mereçam ser modificadas ou revistas, a teor do artigo 6º, inciso V, do CDC, que permite a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, e com isso, dando ao consumidor, na ocasional posição de réu na ação de busca e apreensão, a ampla possibilidade de exigir o dirigismo judicial para a verificação desses aspectos, seja de lesão congênere do contrato para fins de modificação, seja para a revisão

164 CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de Direito do Consumidor*, Ed. Atlas, 3ª ed., p. 56.

pela chamada teoria da quebra da base objetiva do negócio, importada da Alemanha, e por nós adotada exatamente na disposição acima citada.

E só isto já seria suficiente para atrair a competência da matéria para o âmbito do microssistema consumerista, com a atenção principalmente focada no artigo 4º, inciso I, que fala da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, à qual o Ministro Eros Grau chamou de "norma-objetivo", de eficácia plena, absoluta, inquestionável, indiscutível, e por isso, compreensível da amplitude da defesa de interesses do consumidor, em qualquer plano em que ele se encontre na relação processual, um *minus*, ou detalhe concreto da posição de litigância recorrente à anterior e principal situação subjacente (e substancial) de parte mais vulnerável na relação de consumo.

Após os estudos de Erik Jayme sobre o chamado "Diálogo das Fontes" (*dialogue des sources*), onde o mero sistema de exclusão de uma lei por outra, em razão antinomias, passou a ser substituído - ou mesmo complementado - pelo diálogo de coerência, ou sistemático de complementaridade e subsidiariedade, ou de influências recíprocas, na lição de Cláudia Lima Marques, resta, no caso, observar a evolução de uma lei que protege direitos, para uma microlei que protege um grupo que cumpre um papel na sociedade, um *status*, prevalecendo esta, não para considerar a lei reguladora da busca e apreensão como retirada ou superada pelo sistema, mas para vê-la aplicada e compreendida pelo juiz com vista ao *favor debilis* prioritário, pela temática prevalecente do artigo 7º, do CDC, quando aquela lei irá complementar a *ratio* da legislação de consumo, por mero diálogo de complementaridade e subsidiariedade.

Sobre a matéria, nos prestam excelente lição os renomados autores, Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, em sua obra Comentários ao Código de Defesa do Consumidor:

> **"Interessante observar a evolução, de uma lei que protege 'direitos' para uma microlei que protege um grupo, um papel na sociedade, um status, protege os indivíduos novos, fragmentados e plurais. No direito intertemporal também se observa a mesma evolução: dos direitos adquiridos ao direito de ser tratado como diferente e como grupo. Segundo**

alguns autores, o conflito de leis seria um conflito de competências, conflito de competências para regular uma situação da vida, sem esquecer o respeito aos direitos adquiridos. Neste sentido, vale lembrar os ensinamentos de Savigny, que em sua genialidade inverteu a lógica dos conflitos de leis no espaço: não mais perguntar qual o campo de aplicação (territorial ou extraterritorial) das leis em conflito, mas concentrar-se na relação da vida privada a ser regulada e perguntar-se qual a 'sede' desta relação na vida privada...Qual sua lei, qual a localização no sistema. Transpondo esta inversão para os conflitos de leis no tempo, as leis especiais e gerais têm um campo de aplicação estático, que é o material, e um campo de aplicação dinâmico, casuístico, que é o subjetivo. O conjunto da relação (ato/finalidade) e dos atores (agentes/sujeitos) no caso concreto é tão decisivo para localizar esta relação jurídica no sistema quanto saber o campo de aplicação abstrato das leis em convergência ou aparente conflito.

Sendo assim, só com ambas as análises é que poderemos estabelecer a 'sede'/localização da relação jurídica. A primeira concentração é no sujeito de direitos, logo, no campo de aplicação subjetivo de ambas as leis, mas com uma análise no caso concreto, na relação da vida concreta e necessária (trata-se ou não de um consumidor frente a um fornecedor?). A segunda concentração é no tipo de relação jurídica, se materialmente também incluída ou excluída do campo de aplicação daquela lei, nova ou antiga (trata-se ou não de uma relação de consumo?). E, por fim, a visão plural que une os dois campos: trata-se ou não de um direito subjetivo coletivo típico de consumo frente a um ou mais fornecedores?

Observe-se, pois, que o campo de aplicação material também tem um viés plural. O CC/2002 unifica o direito comercial e civil no que se refere às obrigações, e muitos contratos que estão presentes no sistema do direito privado geral, e são expressamente regulados pelo CC/2002, também podem ser contratos de consumo. Assim temos que um mesmo contrato, regulado em abstrato (ou por normas de conduta),

tanto no CDC como no CC/2002, como a compra e venda, o transporte ou o seguro, pode ser civil (se entre dois consumidores, por exemplo, dois proprietários em condomínio etc.), pode ser empresarial (se entre dois empresários) e pode ser de consumo (se entre um consumidor e um fornecedor ou empresário, na terminologia do CC/2002.

A lei que regulará a relação depende assim não só do tipo de relação (serviço, seguro, compra e venda), mas também dos atores presentes ou de presença coletiva possível".[165]

Daí a razão do enunciado 312 da Súmula desta Corte remeter a matéria corretamente para as Câmaras Especializadas de Consumo.◆

165 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, ED. RT, 4ª ed., pp. 43-44

SÚMULA Nº 314

"Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas as demandas que resultem de acidente de transito e não envolvam contrato de transporte" [166].

Referência[167]

ADRIANA THEREZINHA CARVALHO SOUTO CASTANHO DE CARVALHO

JUÍZA DE DIREITO

Do Campo de Incidência do Código de Defesa do Consumidor – Lei número 8078/90.

Os avanços tecnológicos geraram uma verdadeira revolução nas relações sociais de cunho consumerista. Obviamente, os conflitos advindos destas novas relações exigiram a edição de novas leis, mais adequadas à realidade social, que garantissem, em atendimento aos valores constitucionais, especialmente aos princípios da isonomia substancial e da defesa do consumidor, o tratamento igualitário às partes.

Foi sob este enfoque que foi editada e sancionada a lei número 8078/90. De fato, visou o legislador, pela edição de tal diploma legal, minorar a vulnerabilidade fática, técnica e jurídica ou científica do consumidor, colocando-o em condição de igualdade com os prestadores de serviço, fabricantes e comerciantes de produtos.

Caracteriza-se a lei número 8078/90 como um microssistema, cuja abrangência foi definida pelo legislador a partir da definição dos sujeitos

166 Conflito de competência nº 0018197-13.2014.8.19.0000– Julgamento em 07/07/2014 – Relator: Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira. Votação unânime

167 Uniformização de Jurisprudência nº. 0037265-85.2010.8.19.0000 – Julgamento em 18/11/2010 – Relator: Desembargador Sidney Hartung. Votação por maioria.

da relação de consumo – consumidor e fornecedor- e do seu objeto – produto e serviço.

Logo, para que haja, no caso concreto, a incidência das regras do microssistema do Código de Defesa do Consumidor, essencial é que seja sujeitos da relação, de um lado o consumidor, e do outro o fornecedor, sendo o objeto da relação um produto ou serviço.

A identificação dos destinatários do microssistema de defesa do consumidor consta dos artigos 2º e 3º de referida legislação, *in verbis*:

> "**Art. 2º** Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
>
> **Art. 3º** Fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, publica ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços."

Ocorre que, as definições mostraram-se de interpretação vaga, ensejando divergentes interpretações.

Logo a princípio surgiram duas correntes sobre o alcance da expressão "destinatário final", constante da definição legal de consumidor.

A primeira, denominada de corrente maximalista ou objetiva, dava à expressão interpretação ampla, bastando à configuração do consumidor, que a pessoa física ou jurídica se apresentasse como destinatário de fato do produto ou serviço, "incluindo-se no conceito não apenas aquilo que é adquirido ou utilizado para uso pessoal, familiar ou doméstico, mas também o que é adquirido para o desempenho de atividade ou profissão bastando, para tanto, que não haja a finalidade de revenda" (João Batista de Almeida, A proteção jurídica do consumidor, 2. Ed,. Revista dos Tribunais, 2000, p.40).

Já, para a segunda corrente, denominada de finalista ou subjetiva, a expressão devia ser interpretada de forma restritiva, só se enquadrando

no conceito de destinatário final a pessoa física ou jurídica que adquirisse o produto ou serviço para uma satisfação pessoal, sem ter como objetivo o incremento de sua atividade lucrativa. De fato, em conformidade com referida teoria, ficaria excluído da proteção da Lei numero 8078/90 o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo e, consequentemente, o preço final de um novo bem ou serviço.

Alguns doutrinadores, no entanto, passaram a verificar que a adoção da corrente finalista ou subjetivista, em sua versão pura, não amparava as hipóteses nas quais, havia evidente e notória vulnerabilidade entre o consumidor e o produtor.

Surgiu, então, uma terceira corrente, que mitigando a teoria finalista, passou a entender que para que houvesse a incidência da Lei numero 8078/90, no caso concreto, se fazia apenas necessário que, na relação de consumo, houvesse, de um lado, a presença de uma parte vulnerável (seja esta pessoa física ou jurídica) e do outro um fornecedor, sendo que, no caso das pessoas jurídicas, os bens por ela adquiridos devem esgotar a sua destinação econômica na própria pessoa jurídica, não visando à revenda.

Em um primeiro momento, o STJ adotou a teoria maximalista. Posteriormente, e, mais precisamente com o julgamento da Resp 541.867/BA, na 2ª Secção do STJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, passou a adotar a corrente finalista. Por fim, evoluiu para a corrente finalista mitigada, admitindo a aplicação do CDC aos consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, que demonstrassem vulnerabilidade técnica, fática ou jurídica no caso concreto, independentemente do produto ter sido adquirido para satisfação pessoal ou para fins de incremento da atividade.

Em relação à definição de fornecedor, a única questão suscitada foi quanto à adequação das instituições financeiras ao conceito de fornecedor, sendo tal questão definitivamente dirimida por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2591, que considerou constitucional o artigo 3º do CDC, reputando serviços bancários e financeiros como direito do consumidor.

De fato, tal entendimento já se encontra pacificado, pela edição da sumula 297 do Superior Tribunal de Justiça.

> **STJ Súmula nº 297** - *12/05/2004 - DJ 09.09.2004*
>
> **Código de Defesa do Consumidor - Instituições Financeiras - Aplicação**
>
> *O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.*
>
> **Referências***:*
>
> *- Art. 3º, § 2º, Disposições Gerais - Direitos do Consumidor - Código de Defesa do Consumidor - CDC - L-008.078-1990*

O objeto do microssistema também restou claro, estando definido nos parágrafos do artigo 3º da lei numero 8078/90, *in verbis*:.

> "**Art. 3º** [...]
>
> § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
>
> § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de trabalhista."

Do Contrato de Transporte, Inadimplemento do contrato e Incidência do Microssistema de Defesa do Consumidor.

O contrato de transporte é aquele, nos termos do artigo 730 do Código Civil, onde alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.

Obviamente, havendo o inadimplemento do contrato, estando presentes, na relação jurídica, as figuras do fornecedor e do consumidor, nos

moldes já explicitados, incidem as regras constantes do microssistema do código de Defesa do Consumidor.

No entanto, quando não houver contrato e, consequentemente, não houver possibilidade de seu inadimplemento, mas mero risco, no exercício da atividade, de violação à norma de incolumidade, com surgimento da responsabilidade civil, impossível, por ausentes os sujeitos da relação ensejadores da incidência do microssistema, a aplicação da lei número 8078/90, à solução das lides.

De fato, nos casos de atropelamento, abalroamento ou colisão, sendo a ação proposta pela vitima dos eventos, descabida a aplicação do microssistema, na medida em que versa a lide sobre pretensão indenizatória por prática de ilícito, e não por violação contratual, já que não há, na relação, a figura quer do consumidor, quer do fornecedor do serviço.

Assim sendo, incabível a aplicação do microssistema de defesa do consumidor a demandas que resultem de acidente de transito e não envolvam contrato de transporte.

DAS CÂMARAS ESPECIALIZADAS.

A lei estadual número 6376, de 27 de dezembro de 2012, criou cinco câmaras Cíveis especializadas nas matérias, cujo processo originário verse sobre direito do consumidor.

Visando regulamentar a matéria foi editado o artigo 6º-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, que definiu a competência das Câmaras Cíveis especializadas em Direito do Consumidor.

Nos termos do referido dispositivo legal, excluem-se, de forma expressa, da competência de referidas câmaras, as matérias previstas nos artigo 86 e 97, ambos do Codjerj, sendo estas competentes para julgar os feitos de defesa do consumidor, considerando-se estes os constantes do sistema de gestão de tabelas unificadas do Conselho Nacional de justiça.

CONCLUSÃO:

Considerando, assim, que as demandas que versam sobre acidentes de transito, salvo quando relacionadas a inadimplemento de contrato de transporte não ensejam a aplicação da lei consumerista.

Considerando que as Câmaras Especializadas só têm competência, nos termos do artigo 6º- A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, para julgamento de demandas afetas a direito do consumidor, notória a incompetência destas para julgamento de demandas relacionadas a acidentes de transito que não envolvam inadimplemento a contrato de transporte.◆

SÚMULA Nº 315

"Incumbe às empresas delegatárias de serviços de abastecimento de água e esgotamento a instalação de aparelhos medidores ou limitadores do consumo, sem ônus para os usuários."

Referência[168]

LUIZ FELIPE FRANCISCO
DESEMBARGADOR

Com o advento da Lei Estadual nº 3.915, de 12/08/2002, foi atribuída às Concessionárias de Serviços Públicos a obrigação de instalar medidores individuais dos serviços que fornecerem, bem como o custeio de sua instalação, nos termos dos artigos 1º e 4º.[169]

Tal normatividade, entretanto, foi declarada inconstitucional pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN nº 3558/RJ, por entender aquela Corte que houve violação dos artigos 21, incisos XI e XII, alínea "b" e 22, inciso IV, ambos da CRFB/1988.

Confira-se a ementa do aresto citado:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS N. 3.915/2002 E N. 4.561/2005, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, QUE OBRIGAM AS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS A INSTALAREM MEDIDORES DE CONSUMO. CONFIGURADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 21, IC. XI E XII, ALÍNEA B E 22, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE." (ADIN 3558, Relatora: Ministra

168 Referência: Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº. 0313143-58.2012.8.19.0001 - Julgamento em 26/05/2014 – Relator: Desembargador Luiz Felipe Haddad. Votação unânime.

169 "Art. 1º - As Concessionárias de Serviços Públicos serão obrigadas a instalar, no prazo máximo de 12 (doze) meses, medidores individuais dos serviços que fornecerem.
(...)
Art. 4º - As despesas com a instalação dos medidores serão arcadas pela Concessionária."

CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2011, DJE - 06-05-2011).

Assim, verifica-se que houve vício de inconstitucionalidade formal, por usurpação da competência da União, não havendo, portanto, qualquer incompatibilidade do conteúdo da referida Lei com as disposições materiais da Lei Maior.

De tal forma, a declaração de inconstitucionalidade da norma não eliminou a obrigatoriedade de as concessionárias de serviços de abastecimento de água e esgotamento instalarem aparelhos medidores ou limitadores do consumo, sem ônus para os usuários.

Isso porque se mostra inafastável a incidência das normas do Código do Consumidor à relação contratual estabelecida entre usuários e a concessionária, conforme expressamente ressalvado no art. 7º, *caput*, da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões), entendimento consolidado, inclusive, no verbete nº 254, da Súmula do TJRJ, que dispõe que ***"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica contraída entre usuário e concessionária".***

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública, estabelece valores básicos fundamentais, princípios de nossa ordem jurídica, sendo norma de interesse privado, mas de forte interesse público. Daí sua indisponibilidade e inafastabilidade pela vontade individual, pois interessam muito mais à sociedade que aos particulares, envolvendo a aplicação dos princípios da função social do contrato, do equilíbrio contratual, da vulnerabilidade e da boa-fé objetiva.

Assim, sob o prisma da Lei Consumerista, os órgãos públicos, por si ou suas sociedades empresárias, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados e eficientes (art. 22, do Código de Defesa do Consumidor).

Verifica-se, pois, que a eficiência na prestação do serviço em questão é norma cogente e, por esta razão, a instalação de hidrômetros é ônus imposto aos fornecedores com vista à prestação de serviço de fornecimento de água adequado e eficaz à população, não podendo tal ônus ser repassa-

do ao consumidor, uma vez que a contrapartida deste já é feita através do pagamento da respectiva tarifa.

Além disso, em razão da incidência do princípio da boa-fé, tem-se a criação de deveres contratuais secundários, também chamados deveres anexos da boa-fé objetiva, consistentes em deveres de informação, proteção e lealdade, ou cooperação, constituindo direito básico do consumidor a informação clara e adequada acerca do produto ou serviço, seu preço e quantidade, conforme art. 6º, inciso III, da Lei 8.078/90.[170]

Destarte, a instalação de aparelho medidor do real consumo do usuário de serviços de água e esgoto deve ser imposta aos fornecedores, pois não é justo e razoável que o consumidor seja compelido a pagar para não ser lesado mediante cobranças irreais e injustas.◆

170 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)

SÚMULA Nº 316

"Incluem-se na competência das Câmaras Cíveis especializadas recursos em ação cognitiva de cobrança ou em ação de reintegração de posse movidas por arrendador em face de arrendatário de bem de consumo, sendo de leasing o negócio jurídico conflituoso, se este estiver em situação de hipossuficiência em relação àquele."

Referência[171]

MAURO NICOLAU JUNIOR
JUIZ DE DIREITO
MESTRE EM DIREITO PELA UNESA E
MEMBRO DO GEDICON-EMERJ.

Para a análise do posicionamento demonstrado pelo verbete da Súmula em comento faz-se necessária a avaliação da situação histórica vigente no Poder Judiciário Fluminense que, na condição de vanguardista na busca de soluções e enfrentamento ao gigantismo que resulta de uma avalanche de novas ações ajuizadas dia a dia buscou, dentre outras soluções inovadoras, a criação de Câmaras Cíveis especializadas em matéria consumerista.

Um dos motivos da lentidão e da má prestação dos serviços judiciários situa-se no fato de que a máquina do sistema segue caminho próprio, imune às impressões subjetivas dos jurisdicionados, e, em profundo descompasso com a modernização tecnológica.

O aperfeiçoamento profissional para encargos específicos dos juízes e dos serventuários, através da especialização, cria rotina mais racional, alicerçada em melhor produtividade, maior segurança e agilidade, além de resultados eficientes; oferece também condições para dedicação especial, estudo em profundidade e experiência com o julgamento de casos semelhantes.

171 Conflito de Competência nº 0006598-77.2014.8.19.0000- Julgamento em 14/07/2014 – Relator: Desembargador Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva. Votação unânime.

A especialização é tendência mundial em todos os segmentos da atividade humana, seja na área privada, seja no setor público, no judiciário ou no executivo, nos escritórios de advocacia ou na área médica. Todos buscam maior volume de informações e de conhecimentos específicos.

Reclama-se especialização no direito relativo ao consumo, no direito de família, ambiental, agrário, cidadania, direito do idoso, tributário, improbidade administrativa, eletrônico, mercado de capitais, propriedade intelectual, no direito penal e tantas outras.

A falta de conhecimentos específicos provoca prejuízos a toda a comunidade, mas os danos econômicos são consideráveis, porque os investidores, que se submetem aos riscos inerentes à incerteza natural em qualquer negócio, ainda terão de suportar a burocratização, a lentidão e a incerteza da máquina judiciária. Os julgadores, desacostumados com a rotina de tal ou qual ramo do direito, sentem dificuldades para fornecer aos jurisdicionados respostas rápidas, seguras e de qualidade.

Na verdade, um Poder Judiciário especializado e autônomo, com mecanismos de proteção à cidadania, não constitui prioridade para os legisladores, porque mais comprometidos com os lucros dos grandes conglomerados financeiros do que mesmo com os interesses maiores dos jurisdicionados. Os criminosos, os caloteiros contam com um direito esclerosado, mais presente no sistema sem especialização, que se incumbe de perenizar os processos.

A especialização é exigida na medida em que há importância da matéria, interesse público. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem merecido atenção pelas especializações oferecidas.

O próprio STJ, no final do ano de 2006, em caráter provisório, mas visando rapidez nos julgamentos, mandou reunir em um único juízo todas as ações sobre a legalidade da cobrança de assinatura básica de telefonia fixa, providência apta a desengarrafar a Justiça inclusive os juizados. Urgem providências para fazer com que o Judiciário possa responder às solicitações da realidade social.

Ainda que sob um primeiro olhar o tema possa parecer simples e até óbvio, o que se viu foram acaloradas discussões no âmbito interno do Tri-

bunal de Justiça do Rio de Janeiro o que levou o Des. Carlos Eduardo da Rosa Fonseca Passos a, analisando a situação, afirmar que:

> Como mencionado, tudo hoje gira em torno de consumo. Por mais que se pretenda agir ou pensar com espírito escolástico, é inescondível que o **ter** superou o **ser**. Para tanto, basta verificar a velocidade das trocas de utensílios, sempre na busca do que há de mais moderno, ainda que o aparelho não apresente defeito.
>
> O próprio Código de Defesa do Consumidor estimula tal visão, porquanto são incluídas, na condição de fornecedoras, as pessoas jurídicas de direito público (artigos 3º, ***caput*** e 22, da Lei n º 8078/90).
>
> Nessa linha, demandas judiciais que versem sobre entrega de produtos- medicamentos e insumos- e prestação de serviços, exames e cirurgias, movidas em face daquelas pessoas jurídicas, enquadram-se como "ações consumeristas", cujos recursos seriam da competência das câmaras especializadas. (disponível em http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/cciveis-especialistas-direito-consumidor.pdf, acesso em 04 de setembro de 2014).

E, prossegue enfrentando a problemática da regulamentação para o funcionamento de tais órgãos jurisdicionais afirmando que:

> Sobrepôs-se a orientação, também após acalorados debates, de que era imperiosa a produção de ato regimental, estatuindo a competência daqueles, quer por razões de ordem constitucional, quer por motivos de ordem prática.
>
> Com efeito, a competência dos tribunais estaduais, na forma do art. 125, § 1º, da CF, é definida pelas constituições estaduais.
>
> De seu turno, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no art. 161, discorre sobre a competência do Tribunal de Justiça, órgão de 2º grau de

> jurisdição, evidentemente, não esgotando a matéria, tanto que no art. 158, inciso I, alínea b, do mesmo diploma constitucional, atribui-se ao Regimento interno daquela Corte dispor "sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".
>
> Assim, impositiva, sob o aspecto técnico, formulação resolutiva que defina a competência daquelas câmaras especializadas.

Ao final do trabalho o ínclito Desembargador propõe que os debates sejam centralizados no CEDES-TJRJ a fim de que os julgadores de segunda instância encontrem pontos de equilíbrio a fim de evitar os desgastantes conflitos negativos de jurisdição que vêm ainda mais impedir que a prestação jurisdicional se dê de forma célere e efetiva, nos moldes do preceituado na Emenda Constitucional numero 45 conhecida como "Reforma do Judiciário".

Assim, o Tribunal de Justiça deste Estado regulamentou a matéria a respeito da competência das novas Câmaras através do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, incluído pela Resolução nº 22/2013 do Órgão Especial que em seu artigo 6º-A dispõe que:

> "Art. 6º- A. Compete às Câmaras Cíveis de numeração 23ª a 27ª, no âmbito de sua especialização nas matérias cujo processo verse sobre direito do consumidor: I - processar e julgar:
>
> (...)
>
> II – julgar:
>
> a) as apelações e agravos;
>
> b) em segunda instância, os processos obrigatoriamente sujeitos ao duplo grau de jurisdição;
>
> c) os recursos contra decisões proferidas nos feitos de sua competência, pelo Presidente ou pelo relator;

> d) os habeas corpus impetrados contra decisão que decretar a prisão do depositário infiel.
>
> (.....)"

Posteriormente o mesmo Órgão Especial veio a complementar a regulamentação através da Resolução RJN° 34/2013 que, inclusive, veda o procedimento de redistribuição. (Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/resolucao-tj-rj-regulamenta-novas.pdf, acesso em 04 de setembro de 2014).

Como acima mencionado o verbete resultou do julgamento do processo de conflito de competência 0006598-77.2014.8.19.0000, j. 14.07.2015, Relator. Des. Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva, no qual se discutia se a competência para decidir ação de reintegração de posse ou cobrança, havendo situação de hipossuficiência do arrendatário quando, então, se fixou a competência das Câmaras Especializadas de Consumo.

Externou o ínclito Desembargador Relator seu posicionamento em portentoso voto do qual extrai-se que:

> Dessas fontes se extrai também que o leasing ajustado entre as partes não objetivou o arrendamento de bens de capital, senão de veículo automotivo de uso pessoal. Portanto, é de consumo a relação jurídica conflituosa que está na causa de pedir remota ou, como se prefira, passiva da ação.
>
> No direito brasileiro, ao contrário do que se constata no direito comparado em número significativo, o que caracteriza a relação direta de consumo não é o fornecimento de bens e serviços em caráter profissional a um consumidor não-profissional e pessoa física. O que a define é a prestação de bens – produtos ou serviços – profissionalmente a um destinatário final, pouco importando seja ou não profissional.
>
> Dentro disso, uma corrente de pensamento, a finalista, parte do pressuposto de que o direito consumerista é instrumento de tutela da parte mais fraca na relação de consumo, o que

leva à conclusão de que o consumidor é o destinatário econômico do produto ou do serviço, para uso próprio ou da família, o que exclui as pessoas jurídicas.

Outra tendência, a maximalista, não faz distinções. Uma terceira, predominantemente acolhida pela jurisprudência, professa o que a professora Cláudia Lima Marques chama de "finalismo aprofundado", que sem chegar aos extremos maximalistas, fica num meio termo que valoriza a proteção da parte mais fraca na relação de consumo, admitindo pessoas jurídicas eventualmente como consumidoras.

Essa vulnerabilidade é presumida e, no caso dos litigantes na ação aforada entre ambos os interessados neste conflito, mostra-se fática na melhor das hipóteses para a ré. Com efeito, só os chamados "grandes clientes" — na verdade, nem todos — têm força suficiente para negociar de igual para igual com a arrendadora, sendo esta poderosa instituição financeira integrante de um dos maiores, senão mesmo o maior conglomerado empresarial brasileiro desse setor.

Entender restar afastada a incidência do Código de Defesa do Consumidor porque se trata de "de reintegração de posse ajuizada pela própria Instituição Financeira, que não se enquadra em posição de hipossuficiência ou vulnerabilidade" — núcleo do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça e da tese do colendo órgão suscitante — data maxima venia não se sustenta.

Se alegadamente a arrendatária deixou de honrar as contraprestações a cujos pagamentos se obrigara, nos termos do contrato de leasing, tem-se em tal comportamento, que afronta o negócio jurídico e o ordenamento legal, a causa de pedir próxima ou ativa. O negócio jurídico alegadamente inadimplido pela devedora constitui a causa de pedir passiva, ou remota, sendo relação de consumo. Não a desnatura o fato de a fornecedora e não a tomadora do serviço ter proposto a ação.

> Ainda assim, essa cognição, que independe da satisfação de pelo menos parte do crédito da propriedade fiduciária, pode, sim, trazer à discussão conflito de natureza consumerista. Está-se muito longe, portanto, daquela outra situação, a respeito da qual este tribunal editou a Súmula 309, no sentido de que "Excluem-se da competência das Câmaras Cíveis Especializadas recursos em ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, mesmo que o crédito exequendo resulte de relação de consumo, quando não oferecidos embargos de devedor ou quando estes não versarem sobre o negócio jurídico que deu origem ao crédito." Claro, em tal caso, a matéria consumerista não será levada à discussão, não podendo, portanto, compor fundamentação de recursos.
>
> Ora, se até na ação autônoma de busca e apreensão, se reconhece a competência das Câmaras Cíveis especializadas para processar e julgar os recursos dela resultantes, com muito mais razão se há reconhecê-la quando a ação é de reintegração de posse movida por arrendador de bem de consumo, na qual a discussão da causa de pedir, tanto a próxima quanto a remota, é muito mais ampla e na qual, por fim, a propriedade da coisa arrendada, com todos os seus pressupostos – a posse direta, inclusive, – só se consolida com o trânsito em julgado da sentença de procedência. (sem os destaques no original)

Dessa forma o posicionamento pacificado na Justiça Fluminense no que pertine à competência recursal para julgar processos que envolvam contratos de reintegração de posse, provenientes de "leasing" ou arrendamento mercantil e mesmo ações de cobrança, desde que revelada a hipossuficiência do arrendatário que será sempre presumida, nada mais fez do que reforçar o movimento de especialização de matérias o que permite que o magistrado estude a matéria com maior profundidade e com o passar do tempo, com a experiência acumulada e pela repetição de casos parecidos, ele terá à disposição um conjunto de textos, precedentes e pesquisas, que lançará mão para fundamentar as suas decisões.

No caso da matéria consumerista há que se reconhecer que a concentração dos julgamentos nas cinco câmaras especializadas tem o condão de

reforçar a estabilidade dos precedentes, a uniformização da jurisprudência e a especialização dos desembargadores o que conduz, em última análise, à maior segurança jurídica na medida em que as partes, advogados e demais profissionais que atuem no mundo jurídico, possam ter um mínimo de previsibilidade quanto aos resultados das ações ajuizadas originado de um posicionamento, ao menos em tese, pacificado.

E é nesse Estado de direito que submete seus atos em relação aos cidadãos, às decisões judiciárias que se encontra terreno fértil à busca da otimização e da excelência da prestação de todo e qualquer serviço público, notadamente dos serviços jurisdicionais.

O Estado de direito é aquele que reconhece os direitos individuais, cuidando de acatar e fazer cumprir o direito por ele mesmo instituído. O Estado em consideração segue a linha do direito, se autolimitando, protegendo as liberdades individuais, contrapondo-se ao estado de poder, ou totalitário, sendo constitucionalmente organizado.

Os dois fundamentos do Estado de Direito são *a segurança* e a certeza jurídica.

A segurança e a certeza do direito são indispensáveis para que haja justiça, porque é óbvio que na desordem não é possível reconhecer direitos ou exigir o cumprimento de obrigações.

O que deva entender-se por Estado de Direito Democrático, o legislador não o diz. Tratar-se-á, todavia, da consagração constitucional do *Estado Social de Direito* como formação histórica resultante da integração, mais ou menos harmônica, dos processos intervencionistas dos poderes públicos no modelo originário do Estado Liberal, vinculando a uma certa estabilização o modelo democrático de sociedade coincidente com essa intervenção.

Ademais, não se pode esquecer que a melhor aplicação da norma jurídica é aquela que se coaduna com o momento em que se interpreta. Essa a função do jurista moderno, atual, ligado e conectado ao seu tempo, ao seu mundo e aos que o rodeiam.

O direito do século XXI será diferente do direito dos anteriores séculos, exatamente porque o jurista de hoje tem uma atitude muito diferente da atitude do jurista de séculos anteriores.

E é este homem do direito atual que relê o que efetivamente restou de perene, após o desmoronamento de uma secular estrutura de dogmas, afastando de si a segurança da fossilização e da estagnação de conceitos e de normas, para admitir a abertura de castelos – ou de prisões – em prol da atenção às transformações geradoras da crise, em prol da vivificação dos valores da vida e dos anseios do homem de hoje, este ser de incansável movimento e de infinitos sonhos.

Sua vivacidade, sua inteligência ímpar, sua aguda percepção dos fenômenos, sua supremacia na escala biológica, tudo isso que o colocou em pé, uma primeira vez, prossegue agigantando-se em seu espírito, não lhe conferindo paz, serenidade ou repouso, mas, antes, incitando-o eternamente a caminhar além, a esmiuçar segredos e a constranger costumes ancestrais.

Este caminhar desvenda-lhe outros mistérios, inova-lhe o espírito, estabelece novos horizontes de contemplação de sua ambientação jurídica. Fá-lo novo e faz novos os seus projetos. Por isso, novo há de ser também o direito que dimensiona e organiza a sua vida privada. O desafio – profetiza Fachin: – *consiste em trocar práticas de medievo pelos saberes construídos às portas do terceiro milênio. E este é apenas o singelo ponto de partida rumo ao que abre o terceiro milênio.* (Luiz Edson Fachin, Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.5)

Em consequência, o que se espera é um Judiciário forte o suficiente para não se deixar corromper pela força financeira, altaneiro o necessário para não se rebaixar ou se deixar levar pela vontade de agradar ou se pautar por interesses e valores outros, menos morais, que não seja a busca de sua função precípua de distribuição de Justiça de forma equitativa, equilibrada e isonômica.

E este Poder Judiciário, com certeza, está bem distante daquele herdado dos tempos de força, de épocas em que representava nada mais do que o "braço armado" do Poder Executivo, servil, submisso, dependente e sem qualquer estatura que o caracterizasse como verdadeiro Poder.

É deste Judiciário frágil, estigmatizado pelo privilégio, arcado pela decadência de escândalos, que o cidadão já está por demais enfastiado e pugna veementemente por reforma.

Muitos países estão colocando as reformas legais e judiciais como parte de seus programas de desenvolvimento. Isso é resultado do crescente reconhecimento de que o progresso econômico e social não é atingível de forma sustentável sem respeito às regras fixadas nas leis e à consolidação democrática, e sem uma efetiva proteção dos direitos humanos amplamente definida; cada um desses pontos requer um bom funcionamento do Judiciário, que interprete e dê força às leis, equânime e eficientemente. Um Judiciário efetivo é previsível, resolve casos em um tempo razoável e é acessível ao público. (Documento produzido pelo Banco Mundial (WTP430-World Bank Tchnical Paper no 430 – Court performance around de world: a comparative perspective) em 31.7.99).

Nesse caminhar não restam dúvidas que o Poder Judiciário Fluminense, mais uma vez demonstrando sua condição de vanguarda, torna público seu pensamento pacificado quanto à criação, funcionamento e competência das Varas Especializadas de Consumo, rendendo ensejo a uma aproximação cada vez maior com a segurança, previsibilidade e consequência confiança da sociedade em suas decisões que, assim, a tornam legítimas e componentes de um Estado Democrático de Direito. ◆