



Órgão : 5ª TURMA CÍVEL
Classe : APELAÇÃO
N. Processo : **20140111875834APC**
(0047378-89.2014.8.07.0001)
Apelante(s) : BANCO ALFA S.A., POLISDEC INSTITUTO
MINEIRO DE POLITICAS SOCIAIS E DE
DEFESA DO CONSUMIDOR
Apelado(s) : OS MESMOS
Relator : Desembargador HECTOR VALVERDE
Acórdão N. : 1003069

E M E N T A

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM, DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E INÉPCIA DA INICIAL. REJEITADAS. AGRAVO RETIDO LIMITES TERRITORIAIS DAS DECISÕES PROFERIDAS EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REJEITADO. REPRESENTAVIDADE E COMPROVAÇÃO CONSTITUIÇÃO PRÉVIA. PEDIDO CERTO E DETERMINADO A CONGREGAR A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIREITOS COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO. CONJUNTO A REVELAR O INTERESSE PROCESSUAL REMANESCENTE. PREVALÊNCIA DO CDC SOBRE A LACP. CONDENAÇÃO GENÉRICA. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO. DIREITO POTESTATIVO. RESTITUIÇÃO EM DOBRO. CARACTERIZADA A MÁ-FÉ CONTRATUAL E AUSENTE O ENGANO JUSTIFICÁVEL. ÔNUS SUCUMBENCIAIS INDEVIDOS EM RELAÇÃO AO AUTOR. IMPRÓPRIA A COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA NORMA PROCESSUAL (TEMPUS REGIT ACTUM) PARA FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ANTECIPAÇÃO DE

**TUTELA MANTIDA E VALOR DA ASTREINTES
COMPATÍVEL. DESPROVIMENTO RECURSO RÉU.
PROVIMENTO RECURSO DO AUTOR.**

A legitimidade ativa para a propositura de ações coletivas envolvendo relações de consumo contextualiza-se em relação às associações, por presunção legal, bastando que, no caso concreto, comprovem os requisitos objetivos mínimos indicados na lei: compatibilidade de seus fins institucionais com o objeto da demanda coletiva e constituição prévia pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

No caso em tela, contextualizados os requisitos mínimos com a juntada do Estatuto da associação autora, a representatividade adequada correlata não restou afastada pelas alegações do banco apelante. Ademais, a substituição processual dos consumidores eventualmente favorecidos na demanda coletiva pela associação está autorizada pelo art. 8º, do CPC.

O interesse processual na continuação do feito - mesmo depois da notícia de litispendência parcial, decorrente do ajuizamento pretérito de outra ação civil pública -, revelou-se pela existência de pedidos sucessivos, distintos dos pedidos já apreciados na ACP precedente.

Pedidos remanescentes, certos e determinados, exemplificadores da defesa híbrida de direitos coletivos de classes diferentes.

Concomitantemente, consumidores classificáveis como titulares de direitos individuais homogêneos, para os que eventualmente tenham sido prejudicados com a operacionalização de liquidação antecipada em confronto com a lei e com potencial direito à repetição de indébito se contextualizado o desconto a quem do devido.

Consumidores titulares de direitos coletivos em sentido estrito, protegidos com a adequação da liquidação antecipada, inclusive em função do deferimento da antecipação de tutela. Cumulação de pedidos, portanto, que afastou a alegação de ausência de interesse processual e inépcia da Inicial.

A Lei n. 8078/1990 tem aplicação prioritária nas relações de consumo, sendo que suas normas, em caso de conflito

aparente com outros diplomas legais, deverão prevalecer, ao aviso de que interpretação em sentido contrário, reflexamente, significaria obstaculizar a eficácia horizontal da defesa do consumidor como política de Estado, nos termos do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal.

Na ausência de um Código de Processo Civil Coletivo, deverá ocorrer a integração e não a desagregação das normas provenientes dos diversos diplomas legais, que se proponham à defesa de direitos metaindividuais.

Diante do ineditismo e da densidade normativa do CDC, especificamente em relação aos efeitos da coisa julgada nas demandas coletivas, os efeitos *erga omnes* e *ultra partes* referidos nos incisos do art. 103, da Lei n. 8078/1990, não podem ser limitados territorialmente, nos termos do art. 16, da Lei n. 9497/1997, porque a impedir o transporte *in utilibus* da coisa julgada para demandas individuais ajuizadas em unidade da federação distinta daquela em que tramitou a ação coletiva. Agravo retido rejeitado. Precedente do STJ em sede de recurso repetitivo (REsp 1243887/PR, Corte Especial, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe12/12/2011).

O direito de liquidação antecipada de contrato de concessão de crédito exemplifica hipótese de direito potestativo, cuja realização deverá ocorrer de modo semelhante ao que ocorre por meio dos esclarecimentos das taxas e encargos devidos quando da concessão do crédito, e isso para que o direito à antecipação da liquidação se dê de forma adequada, transparente e indene de dúvidas, eventualmente prejudiciais aos interesses dos mutuários-consumidores.

Em virtude da condenação genérica, que determinou ao banco requerido a adequação de seus contratos ao disposto no CDC, no que diz respeito à liquidação antecipada dos contratos de concessão de crédito, eventual repetição de indébito pela concessão de desconto a menor, a ser contextualizada em sede de liquidação de sentença, deverá considerar a dobra, por não ter sido possível afastar a hipótese de engano justificável na fase de conhecimento da ação coletiva e por contextualização da má-fé do banco fornecedor no caso

concreto.

Em sede de ação civil pública, a associação autora, vencida total ou parcialmente na demanda, não será condenada nos ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé, por força do disposto no art. 18, caput, da Lei n. 7.347/1985.

A sentença foi prolatada na vigência do novo Código de Processo Civil, enseja a aplicação imediatas das disposições deste diploma legal, inclusive sobre os ônus da sucumbência, destacando-se como imprópria a compensação dos honorários advocatícios, diante da vedação expressa do Código de Processo Civil, nos termos do art. 85, § 14, da Lei n. 13.105/2015.

Antecipação de tutela confirmada e multa cominatória (astreintes) mantida por se revelar compatível com a prevenção de prejuízos aos consumidores que eventualmente requeiram a liquidação antecipada de seus contratos e a coibir a perpetração de prática abusiva pelo banco fornecedor. Apelação do réu não provida.

Apelação do autor provida.

A C Ó R D ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **5ª TURMA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **HECTOR VALVERDE** - Relator, **ANGELO PASSARELI** - 1º Vogal, **SEBASTIÃO COELHO** - 2º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador **JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS**, em proferir a seguinte decisão: **CONHECER DOS RECURSOS. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ. DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR. UNÂNIME.**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 15 de Março de 2017.

Documento Assinado Eletronicamente

HECTOR VALVERDE

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas, respectivamente, por Banco Alfa S.A. e POLISDEC - Instituto Mineiro de Políticas Sociais e de Defesa do Consumidor, contra a sentença (f. 798-822), proferida pelo Dr. Matheus Stanillo Santarelli Zuliani, Juiz de Direito Substituto, em atuação no Núcleo Permanente de Gestão de Metas do Primeiro Grau - NUPMETAS 1.

A ação coletiva foi proposta por Associação Nacional dos Consumidores de Crédito – ANDEC contra Banco Alfa S.A. Narra a petição inicial que o réu exige pagamento de tarifa adicional para hipótese de liquidação antecipada de contrato e que os abatimentos proporcionais dos juros e demais acréscimo sobre o valor financiado não são regularmente concedidos quando há liquidação antecipada de contrato de financiamento.

O Juízo de Primeiro Grau da Décima Quinta Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG (processo distribuído sob o número 0024.08.096182-4) declarou-se incompetente para processar e julgar o feito e, em consequência, declinou da competência em favor de um dos Juízos Cíveis da Circunscrição Judiciária de Brasília/DF (f. 434-436). Essa decisão foi objeto de agravo de instrumento (n. 1.0024.08.166211-6/002), o qual não foi conhecido pelo Relator, posteriormente ratificada em sede de embargos de declaração pela Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (f. 469-485).

O processo foi redistribuído para o Juízo da Décima Oitava Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília/DF.

No curso do processo ocorreu a dissolução da parte autora, Associação Nacional dos Consumidores de Crédito – ANDEC, que fora substituída por POLISDEC - Instituto Mineiro de Políticas Sociais e de Defesa do Consumidor (f. 597-598v).

Os argumentos da autora foram parcialmente acolhidos pela sentença. Por oportuno, transcrevo a parte dispositiva daquela sentença:

"(...) julgo PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO formulado pela parte autora, e assim o faço com resolução do mérito nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil para:

1. OBRIGAR a requerida a conceder os descontos proporcionais nos juros e nos demais acréscimos, levando em conta o tempo do contrato, no caso de liquidação antecipada de débito, nos termos do art. 52, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, nos contratos bancários subscritos após 12/08/2003, mantendo-se a

multa diária fixada na decisão que antecipou os efeitos da tutela;

2. RESTITUIR, de forma dobrada, todos os pagamentos feitos a maior em caso de liquidação antecipada do débito, comprovando os requisitos acima enumerados em sede de liquidação de sentença, nos contratos bancários subscritos após 12/08/2003, com incidência de correção monetária conforme índice do INPC a contar do efetivo reembolso, e ainda, com incidência de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação nesses autos.

3. CONCEDER abrangência nacional à sentença prolatada, com eficácia ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe (art. 103, II, CDC) abrangendo todos os contratos bancários celebrados pela requerida.

E ainda, EXTINGO O PROCESSO e assim o faço sem solução do mérito, em razão da litispendência parcial no que tange à obrigação de não fazer; nulidade da cláusula que prevê a tarifa para a liquidação antecipada, e ainda, a restituição desses valores cobrados (...) Em face da sucumbência recíproca e equivalente, condeno as partes dos honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), nos termos do art. 20, § 4º c/c art. 21, caput, ambos do CPC, observando-se, quando aos honorários, a compensação (Súmula 306 do STJ). Ressalte-se ser a associação autora isenta de custas e honorários, salvo má-fé. Assim, compete a requerida arcar com os honorários de sucumbência de seu causídico(...)."

O primeiro apelo - do Banco Alfa S.A. (f. 839-869) - em maior extensão, pretende a reforma total da sentença. O banco, ora apelante, pontuou os pedidos seguintes:

"(...) (i) dado provimento ao agravo retido ora reiterado, para reconhecer o limite territorial da eficácia das decisões proferidas nesta ação civil pública;

(ii) reconhecida a ilegitimidade ativa *ad causam* da Apelada para defender direitos individuais homogêneos;

(iii) reconhecida a falta de interesse de agir e inépcia, a inicial seja indeferida e a ação extinta sem solução de mérito, com fulcro no art. 295, parágrafo único, I, c/c art. 267, I, ambos do CPC; ou, subsidiariamente,

(iv) tendo em vista que (a) a Apelada sequer consegue alegar a existência de aspectos comuns que digam respeito à suposta irregularidade dos cálculos do Apelante; (b) não foi deferida a inversão do ônus da prova; e que (c) eventual prova somente poderia ser produzida nas liquidações individuais (e não na fase genérica que antecede a r. sentença), para que a ação seja julgada

improcedente;

(v) afastada a condenação ao pagamento em dobro em razão da ausência de má-fé, sob pena de negativa de vigência do parágrafo único do art. 42 do CDC, do art. 940 do CC/02 e desvirtuar completamente o espírito do CDC;

(vi) subsidiariamente, se mantida a condenação à obrigação de não fazer, seja reduzida a multa diária para R\$ 100,00;

(vii) sejam limitados os efeitos da r. sentença à Comarca de Brasília, sob pena de negativa de vigência ao art. 16, da Lei 7.437/85; e

(viii) em qualquer hipótese, impondo-se à Apelada os ônus da sucumbência(...)".

O segundo apelo (f. 907-927) - da Associação denominada POLISDEC - restringiu-se a requerer a reforma da sentença na parte referente aos ônus da sucumbência, nos termos seguintes:

"(...) A parte apelada na condição de Instituição Financeira apresenta um grande poderio econômico, sendo assim, o valor arbitrado não atinge de forma significativa seu montante patrimonial, não alcançando assim a razoabilidade no arbitramento dos honorários sucumbenciais.

Desta forma, faz-se mister a reforma da r. sentença, a fim de condenar o apelado às custas e os honorários advocatícios de sucumbência, que devem ser majorados, a teor do que dispõe o art. 85, parágrafo 2º do NCPC(...)".

Contrarrazões ao primeiro apelo (f. 940-994), acompanhadas de documentos e contrarrazões ao segundo apelo (f. 930-939).

Preparo efetuado (f. 871).

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador HECTOR VALVERDE - Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço das apelações.

Primeira apelação - interposta pelo Banco Alfa S.A..

Apesar da ordem de apresentação das preliminares, por consectário lógico, percebe-se que o agravo retido, porque potencialmente hábil a modular o mérito da causa, deve ser enfrentado somente depois das prefaciais passíveis de projetar a extinção do feito sem consideração do mérito.

Rejeito as preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam*, de ausência de interesse processual e inépcia da petição inicial.

Na ação coletiva diz-se que a legitimidade para sua propositura é concorrente e disjuntiva, diante da pluralidade de órgãos ou atores sociais que poderão isoladamente deflagrar o processo coletivo, para defesa de interesses metaindividuais.

A redação do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹ e o art. 5º da Lei de Ação Civil Pública (LACP)² não deixam dúvidas quanto a isso.

Nos termos da legislação de regência, portanto, a legitimidade da associação autora se extrai da literalidade do art. 82, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor, reafirmada pelo art. 5º, inc. V, da Lei de Ação Civil Pública.

As discussões doutrinária e jurisprudencial, por outro lado, em torno de critérios objetivos e subjetivos, contextualizáveis para prospectar se eventual associação realmente estará apta a representar interesses metaindividuais e se terá

² Lei n. 7.347/1985 - LACP

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

condições materiais e humanas, não só para a instauração, mas para o devido acompanhamento da ação coletiva até seu termo final, diz respeito ao tema denominado representatividade adequada.

Leonardo Medeiros Garcia³ ensina que existem basicamente dois sistemas para averiguar as circunstâncias capazes de revelar se eventual legitimado possui vínculo com o direito coletivo a ser defendido em Juízo. O primeiro - *ope judicis* - construído por meio da prática das denominadas ações de classe do direito norte-americano (*class actions*) em que caberá ao magistrado, de forma casuística, avaliar o objeto da ação proposta e definir se referido objeto tem correlação com os fins institucionais do ente autoral.

No segundo - *ope legis* - o legislador encarregou-se de elencar um rol para os legitimados, sendo este o sistema adotado pelo ordenamento pátrio, estabelecendo-se, por presunção legal, que os entes indicados no texto normativo possuem condições de defender interesses metaindividuais em Juízo.

No caso das associações, o legislador brasileiro também estabeleceu critérios objetivos para prevenir a inadequação da representação: a constituição prévia e a coincidência ao menos parcial dos fins institucionais com o objeto da ação.

O objeto da ação no caso em tela, por oportuno, relacionou-se, concomitantemente, à defesa de direitos individuais homogêneos, mas também em

¹ Lei n. 8.078/1990 - CDC

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

³ Direito do Consumidor (Código Comentado e Jurisprudência). Salvador: Juspodivm, 2014. p. 483-484.

relação à defesa de direitos coletivos em sentido estrito.

A princípio buscou-se afastar a cobrança abusiva de tarifa incidente sobre pedidos de antecipação de liquidação de mútuos efetuados pelos consumidores com o Banco Alfa S.A., além de corrigir a fórmula para o desconto proporcional, inclusive, houve o deferimento do pedido de antecipação de tutela nesse sentido (f. 336-340). Logo, possível antever que alguns consumidores tenham requerido a liquidação antecipada e se tenham submetido à cobrança indevida e a desconto aquém do que tinham direito, o que possibilita, em perspectiva, reaver a tarifa cobrada e a parcela do desconto que deixou de ser considerado em relação aos contratos findos, porque já liquidados, ou ao menos parcialmente liquidados.

Os pedidos autorais referentes aos contratos findos contextualizaram a defesa de direitos individuais homogêneos, pois para cada consumidor eventualmente lesado, caberia, em sede de liquidação de sentença, individualizar o prejuízo correspondente, percebendo-se para esse grupo de consumidores a divisibilidade do objeto da demanda. O resultado econômico e favorável a cada consumidor de contrato findo (ou parcialmente liquidado) seria variável.

Os contratos ainda em execução e a partir da concessão da antecipação de tutela o resultado da ação seria o mesmo: permitir a antecipação total ou parcial dos contratos, sem a incidência de eventual encargo pelo exercício de tal direito e sem a concessão de desconto a menor. Nessa hipótese, os pedidos autorais estavam a defender direitos coletivos em sentido estrito.

A ação civil pública proposta trouxe pedido híbrido, o que é admitido num mesmo processo que defende interesses metaindividuais de espécies diversas, no caso interesses individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, convergentes pois os contratos de adesão relacionados aos mútuos e à padronização da liquidação dos mesmos converteram-se a um só tempo na origem comum e na relação jurídica base - características -, respectivamente, dos interesses individuais homogêneos e dos interesses coletivos em sentido estrito. Leia-se, neste sentido, o texto legal:

"Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

Há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que exemplificam a possibilidade de cumulação das defesas de interesses metaindividuais de categorias diferentes. Nesse sentido, a ementa seguinte:

"DIREITO COLETIVO E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA RESTRITIVA ABUSIVA. AÇÃO HÍBRIDA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DIFUSOS E COLETIVOS. DANOS INDIVIDUAIS. CONDENAÇÃO. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DANOS MORAIS COLETIVOS. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM TESE. NO CASO CONCRETO DANOS MORAIS COLETIVOS INEXISTENTES.

1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer.

2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embarçado por força da

cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis.

3. A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente,

violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva.

4. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico).

5. Porém, na hipótese em julgamento, não se vislumbram danos coletivos, difusos ou sociais. Da ilegalidade constatada nos contratos de consumo não decorreram consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que desembolsou os valores ilícitamente sonegados pelo plano. Tais prejuízos, todavia, dizem respeito a direitos individuais homogêneos, os quais só rendem ensejo a condenações reversíveis a fundos públicos na hipótese da fluid recovery, prevista no art. 100 do CDC. Acórdão mantido por fundamentos distintos.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1293606 - MG, 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 26/09/2014)"

No caso concreto, como já havia constatado o Juízo de Primeiro Grau, a associação originariamente autora - Associação Nacional dos Consumidores de Crédito -ANDEC - possuía entre seus fins institucionais metas estreitamente relacionadas ao objeto da ação civil pública proposta, destacando-se sua fundação em 1997 (f. 31-31v):

"Art. 1º. A ANDEC objetiva: I - Contribuir para o desenvolvimento econômico-social brasileiro, protegendo os interesses e os direitos do Consumidor, a Economia Popular, a Ordem Econômica, o Meio Ambiente e as garantias e os direitos fundamentais da Cidadania".

O POLISDEC - Instituto Mineiro de Políticas Sociais de Proteção e Defesa do Consumidor - substituiu no polo ativo a ANDEC, dissolvida no curso do feito, para que os consumidores mutuários do banco requerido não fossem prejudicados, diante da antecipação dos efeitos da tutela. Novamente, comprovadamente, nos termos do estatuto do instituto, há também compatibilidade entre seus fins institucionais e o objeto da Ação Civil Pública ora em julgamento (f. 507-521):

"Art. 2º. O objetivo do Instituto Mineiro do Consumidor é contribuir para:

a) que seja atingido o equilíbrio nas relações de consumo, por meio

da maior conscientização e participação do consumidor e do maior acesso à Justiça;
(...)

Art. 3º. Para cumprir seus objetivos, poderão ser desenvolvidas as seguintes atividades:

(...)

f) atuar judicial ou extrajudicialmente, independentemente de autorização da Assembléia Geral, em defesa do consumidor ou cidadão, inclusive na condição de contribuinte, associado ou não, coletiva ou individualmente, desde que prejudicado em suas relações de consumo, ou que venha a sofrer danos causados ao meio ambiente e a valores artísticos, paisagístico e arquitetônico que compõem o patrimônio cultural nacional".

O POLISDEC - note-se ainda - foi constituído formalmente em 07 de dezembro de 1999 (f. 497).

Os requisitos mínimos indicados pelo legislador relativos às associações referenciadas, para que pudessem propor e continuar atuando em favor dos consumidores especificamente por meio da presente ação civil pública foram devidamente cumpridos.

A denominada representatividade adequada pode ser considerada como exemplo de conceito jurídico indeterminado, a ser apropriada ou contextualizada no caso concreto, sendo que ainda que referido conceito se tenha originado no *common law* norte-americano, razoável o entendimento de que deva ocorrer controle judicial no que diz respeito à legitimidade de entidades privadas para a propositura de ações coletivas no sistema *civil law*, desde que se tenha em mente não se tratar de mera transposição de técnica utilizada na tradicional *class action*, pois - apesar da preocupação em ambos os sistemas em não prejudicar os representados, os quais não participam diretamente da demanda - é preciso considerar que os efeitos da coisa julgada num e noutro caso são bastante diferentes.

No sistema norte-americano, o efeito da coisa julgada será *pro et contra*, ou seja, mesmo que a decisão seja desfavorável, o consumidor individualmente será vinculado ao resultado negativo.

No sistema brasileiro o efeito da coisa julgada ocorrerá *secundum eventum litis e in utilibus*, isto é, somente poderá vincular o consumidor se o resultado lhe for favorável, e sem prejuízo da defesa de seus interesses individualmente considerados, nos termos do art. 103, caput, e seu § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.⁴

A representatividade adequada no sistema norte-americano ganha proeminência, diante de eventual prejuízo a ser suportado pelos representados, razão pela qual o rigor maior no controle da legitimidade das ações coletivas lá propostas estará a prevenir conflitos de interesses entre a associação e os associados, enquanto que no sistema brasileiro, a lei cuidou de preservar os interesses particulares de cada consumidor, não impedindo demandas individuais, nem obstaculizando-as em caso de demanda coletiva anteriormente ajuizada, tanto que, em se tratando de direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual (art. 103, § 2º, do CDC).

Saliente-se que há dissenso doutrinário e jurisprudencial também sobre a natureza jurídica da qualidade dos órgãos ou entes legitimados para a propositura das ações coletivas. Nesse sentido, diante da importância do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe⁵ argumentam que os legitimados - ao atuarem em sintonia com seus fins institucionais - mesmo na defesa de determinado grupo - pela condição de co-atores sociais, ao comporem o SNDC, estariam atuando como *titulares do próprio direito alegado*. Mencionados autores denominaram os legitimados em tais condições como *formações sociais*.

⁴ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

(...)

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

⁵ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 736-770.

Nelson Nery Júnior⁶ - a representar uma segunda corrente - sustenta que apenas quando em consideração direitos individuais homogêneos é que defensável a tese de que os legitimados nas ações coletivas defendem direito alheio em nome próprio - caso de substituição processual - pois quando em pauta a defesa dos demais interesses metaindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito) - na ausência imediata de determinabilidade dos eventuais favorecidos - foi opção do legislador a escolha dos entes a defendê-los em Juízo. Nesta última hipótese, Nelson Nery Júnior, defende que os legitimados indicados na lei possuem legitimação autônoma para a condução do processo.

Uma terceira corrente, a que tem prevalecido, inclusive de acordo com precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme defendem, por exemplo, José Carlos Barbosa Moreira e Hugo Nigro Mazzilli⁷, no sentido que os legitimados atuam por legitimação processual extraordinária, como substitutos processuais, ao defenderem em nome próprio direito alheio, por expressa autorização legal. O Código de Processo Civil, em seu art. 18, *caput*, ratifica referido entendimento, diante do que prevê expressamente: *Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.*

Filho-me a esta última corrente e reitero que, especificamente, em relação aos direitos individuais homogêneos, não há prejudicialidade de demandas individuais que tenham sido ajuizadas ou que eventualmente prossigam, mesmo na pendência de ações coletivas a versarem sobre temas correlatos. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 104, *caput*, trouxe norma de integração a prevenir eventual litispendência e a facultar ao consumidor individualmente considerado a opção de prosseguir demandando autônoma e isoladamente ou de aguardar o desfecho da fase de conhecimento da ação coletiva, para habilitar-se no processo coletivo na fase de eventual liquidação de sentença:

"As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua

⁶ Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. São Paulo: RT, 1999. notas ao art. 5º da Lei n. 7.437/1985.

⁷ Citados por Fredie Didier e Hermes Zaneti in Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo, vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 196.

suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva."

A inexistência de prejuízo para os consumidores individualmente considerados, no sistema brasileiro, mesmo que haja ação coletiva em curso, para defesa de seus interesses, diminui o rigor que se queira emprestar à investigação da denominada representatividade adequada.

Por outro lado, é e será possível considerar, além dos requisitos objetivos já constantes da lei brasileira - identificados e demonstrados no caso concreto -, prospectar requisitos subjetivos como *credibilidade, capacidade, prestígio, experiência do legitimado, histórico na proteção judicial ou extrajudicial dos interesses do grupo, conduta em outros processos*⁸, para se ratificar a presunção legal de representatividade adequada ou afastá-la.

No caso, o banco ora apelante não trouxe fato concreto a afastar a presunção de legitimidade da associação autora nem, indiretamente, de sua representatividade adequada, razão pela qual rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*.

A análise dos fins institucionais da associação autora e da correlação dos mesmos com os pedidos autorais, constatou-se que a presente ação civil pública congregou pleito de natureza híbrida, a cumular, ao mesmo tempo, a defesa de direitos individuais homogêneos e direitos coletivos em sentido estrito, a depender do mutuário em perspectiva considerado. Os mutuários que eventualmente já tivessem requisitado a liquidação antecipada total ou parcialmente e se submetido ao pagamento de tarifa para o exercício de referido direito e/ou ao desconto aquém do determinado pela lei englobariam interessados classificáveis como titulares de direitos individuais homogêneos - e os demais mutuários, após a concessão da tutela antecipada, que possibilitou a liquidação antecipada sem a incidência da referida tarifa e desconto proporcional condizente com os preceitos legais, de outro lado, corresponderiam a titulares de direitos coletivos em sentido estrito.

Não há que se falar em inépcia da Inicial, pois o pedido, além de

⁸ Confira-se nesse sentido o pensamento de Bianca Mendes Pereira Richter no artigo intitulado Representatividade Adequada: uma comparação entre o modelo norte-americano da *class-action* e o modelo brasileiro. Disponível em : http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/25/14. Acesso em 10 de novembro de 2016, às 14:00.

híbrido, minudenciou pretensões diversas, as quais poderiam e foram facilmente identificadas, tanto que o Juiz de Primeiro Grau - ao julgar parcialmente procedente o pedido - reconheceu litispendência parcial especificamente em relação a tarifa que era cobrada em caso de liquidação antecipada - por já ter sido decidida em outra ação civil pública (autos n. 2008.01.1.015493-0). Por isso, afasto também a inépcia da inicial por ausência de interesse processual.

Passo a apreciar o agravo retido, que reitera a tese de limitação da coisa julgada nos termos do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) é considerado microssistema de direito, por englobar num mesmo diploma legal normas de ramos distintos do fenômeno jurídico, para dar concretude à eficácia horizontal de um direito fundamental e que corresponde à defesa do consumidor como política de Estado. Nesse sentido, o art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal e art. 1º da Lei n. 8.078/1990, que classifica as normas constantes do Código de Defesa do Consumidor como de *ordem pública e interesse social*.

Cláudia Lima Marques⁹ comunga de referido entendimento, ao defender e classificar o Direito do Consumidor como um Direito de Solidariedade, ao fazê-lo salienta que as normas que venham a garanti-lo correspondem a normas transversais, *entre o direito público e o direito privado, para proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor*.

O cumprimento do projeto constitucional de defesa do ente mais fraco na relação econômica de consumo, a operacionalização de suas prerrogativas ocorreu pela consolidação de normas protecionistas, inclusive de natureza processual. Obviamente, diante da massificação das relações de consumo, positivar normas sobre o processo judicial coletivo foi providência acertada, seja para arrefecer a litigiosidade de conflitos corriqueiros e potencialmente replicados, diante da formalização dos negócios jurídicos por meio de contratos de adesão, seja diante da economia de recursos materiais e humanos, com a solução judicial em bloco da demanda coletiva que se venha instaurar.

⁹ Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2014. p. 33-57.

Gregório Assagra de Almeida¹⁰ - ao dissertar sobre o tema processo coletivo no direito brasileiro - destacou alguns princípios, dentre os quais o *da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva*, condizente com o princípio de que o interesse social deverá preponderar sobre o interesse meramente individual. Nesse sentido, a demanda coletiva ganha proeminência, porque proporcionará a solução adequada para pretensões individuais que se entrelacem pela homogeneidade de fato ou de direito que as correlacione, projetando por meio de um único processo e uma única decisão a estabilidade da relação de consumo que se tenha tornado conflituosa em determinado nicho de mercado.

Trata-se de racionalizar o trabalho de dizer o direito pelo Poder Judiciário, evitando-se a repetição de demandas com causa de pedir comum e, potencialmente, decisões conflitantes se fossem julgadas isoladamente. O referido autor também referenciou o *princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional comum*, ao prospectar que os resultados positivos ou a maximização dos mesmos se dará com o transporte *in utilibus* da coisa julgada construída na ação coletiva, para beneficiar pretensões individuais, nos termos do art. 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.¹¹

A maximização dos resultados positivos acima, no caso concreto, seria fulminada com a restrição territorial imposta pela literalidade do art. 16, da Lei de Ação Civil Pública.

O Juiz de Primeiro Grau salientou que seria um contrassenso ter deslocado a competência do feito de Minas Gerais para o Distrito Federal, num primeiro momento, e isso com fundamento na extensão dos eventuais danos, a englobar consumidores residentes em mais de uma unidade da federação, diante da atuação nacional do banco então requerido, ora apelante, para, num segundo

¹⁰ Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

¹¹ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

(...)

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

momento, aproveitar os esforços da associação autora, com domicílio em Minas Gerais e, em perspectiva, com seus associados residentes naquele mesmo Estado, se os substituídos processuais não pudessem ser beneficiados por de eventual decisão favorável de mérito que viesse e que acabou por ser parcialmente proferida em favor dos consumidores.

A supressão do referido benefício representaria negativa da jurisdição, em afronta aos princípios do tempo razoável do processo, da boa-fé objetiva processual, do processo cooperativo, da não surpresa e da efetividade da tutela jurisdicional, além do *princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional comum*.

Interpretação reflexa se traduz como amesquinhar o sistema de proteção processual já estabelecido no Código de Defesa do Consumidor, piorando-o com norma subsidiária, inaplicável à demanda coletiva envolvendo relação de consumo, por existir regra mais favorável ao consumidor.

Defensável, inclusive, que as normas favoráveis do Código de Defesa do Consumidor se lançassem a disciplinar mesmo as demandas coletivas que não envolvam estritamente relações de consumo, diante do ineditismo daquele diploma legal e da disciplina mais abrangente do Código de Defesa do Consumidor em relação ao processo coletivo. Nesse sentido, o magistério de Antônio Gidi¹²:

"(...) a parte processual coletiva do CDC, fica sendo, a partir da entrada em vigor do Código, o ordenamento processual civil coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado a todas as ações coletivas em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Seria, por assim dizer, um Código de Processo Civil Coletivo, como ordenamento processual geral(...)".

Ainda que não haja hierarquia entre o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e a Lei n. 9.494/1997 - que alterou o art. 16, da Lei de Ação Civil Pública, para fragmentar ou limitar a eficácia da coisa julgada nas demandas coletivas instauradas por meio do procedimento da Lei de Ação Civil Pública - comungo do entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor - microsistema de direito - deve prevalecer, para manter-se a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* nas ações coletivas que envolvam relações de consumo sem limitação territorial. Trata-se de interpretação lógico-sistemática e diálogo de fontes necessário, para afirmar o Código de Defesa do Consumidor como legislação

¹² Coisa julgada e Litispendência em Ações Coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 77.

prioritária - aos menos nas demandas que tenham como causa de pedir relações de consumo.

Nesse sentido, oportuno o pensamento de Hugo Nigro Mazzili¹³:

"(...) o legislador de 1997 confundiu limites da coisa julgada (cuja imutabilidade subjetiva é erga omnes) com competência (saber qual o órgão do Poder Judicial está investido de uma parcela da jurisdição estatal); e ainda confundiu a competência absoluta (de que se cuida no art. 2º LACP), com competência territorial (de que cuidou na alteração procedida no art. 16, apesar de que na Ação Civil Pública, a competência não é territorial e sim absoluta). (...) Ademais, a Lei n. 9.494/1997 alterou o art. 16 da Lei n. 7.347/1985, mas se esqueceu o sistema de defesa do Código de Defesa do Consumidor, que, em conjunto da Ação Civil Pública, disciplina competência e coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas, e ainda hoje corretamente sobre a matéria."

Na ausência de um Código de Processo Civil Coletivo, razoável o entendimento de que deverá haver a integração e não a desagregação das normas pertinentes às demandas coletivas, as quais se encontram dispersas, não só no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Ação Civil Pública, mas também em outros diplomas legais em que o legislador tenha previsto a proteção de interesses metaindividuais, a exemplo da Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) e a Lei do Mandado de Segurança na parte em que disciplinou o Mandado de Segurança Coletivo (Lei n. 10.216/2009).

A propósito, esse entendimento já foi encampado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

(...)

8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

¹³ Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 248.

(...)

(REsp 510.150/MA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 29/03/2004, p. 173)"

A questão relativa à limitação territorial da coisa julgada, apesar de dissenso jurisprudencial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há precedentes mais recentes que encaparam a impropriedade da referida limitação:

"DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 1243887/PR, Corte Especial, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe12/12/2011)"

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. O alegado direito à utilização, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas de soja, nos termos da Lei de Cultivares, e a discussão acerca da inaplicabilidade da Lei de Patentes à espécie, consubstancia causa transindividual, com pedidos que buscam tutela de direitos coletivos em sentido estrito, e de direitos individuais homogêneos, de modo que nada se pode opor à discussão da matéria pela via da ação coletiva.

2. Há relevância social na discussão dos royalties cobrados pela venda de soja geneticamente modificada, uma vez que o respectivo pagamento necessariamente gera impacto no preço final do produto ao mercado.

3. A exigência de pertinência temática para que se admita a legitimidade de sindicatos na propositura de ações coletivas é mitigada pelo conteúdo do art. 8º, II, da CF, consoante a jurisprudência do STF. Para a Corte Suprema, o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do 'writ', exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. Precedente.

4. A Corte Especial do STJ já decidiu ser válida a limitação territorial disciplinada pelo art. 16 da LACP, com a redação dada pelo art. 2-A da Lei 9.494/97. Precedente. Recentemente, contudo, a matéria permaneceu em debate.

5. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.

6. O art. 2º-A da Lei 9.494/94 restringe territorialmente a substituição processual nas hipóteses de ações propostas por entidades associativas, na defesa de interesses e direitos dos seus associados. A presente ação não foi proposta exclusivamente para a defesa dos interesses trabalhistas dos associados da entidade. Ela foi ajuizada objetivando tutelar, de maneira ampla, os direitos de todos os produtores rurais que laboram com sementes transgênicas de Soja RR, ou seja, foi ajuizada no interesse de toda a categoria profissional. Referida atuação é possível e vem sendo corroborada pela jurisprudência do STF. A limitação do art. 2-A, da Lei n. 9.494/97, portanto, não se aplica.

7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido. Recurso dos Sindicatos provido.

(REsp 1243386/RS, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 26/06/2012)"

A principiologia do Código de Defesa do Consumidor e a densidade normativa de seus dispositivos pertinentes aos limites subjetivos da coisa julgada, em se tratando de demandas coletivas, sobrepõem-se à limitação territorial da coisa julgada estipulada pela Lei n. 9.494/1997, no âmbito da Lei de Ação Civil Pública, razão pela qual desacolho o agravo retido, para ratificar o entendimento do Juízo de Primeiro Grau, no sentido de que os efeitos das decisões proferidas na presente ação coletiva tenham alcance nacional.

Julgamento antecipado da Demanda.

O Juízo de Primeiro Grau procedeu ao julgamento antecipado da lide, por entender desnecessária eventual dilação probatória e por remanescer apenas questão de direito a merecer o pronunciamento judicial.

A associação autora argumentou na petição inicial que a antecipação da liquidação dos contratos entabulados com os consumidores estaria a ocorrer em desrespeito à norma expressa de lei, inicialmente pela cobrança indevida de tarifa para o exercício de referido direito (ainda que com base em cláusula contratual, que classificou como abusiva), mas também pela ausência de esclarecimentos eficazes sobre a redução proporcional dos juros e dos acréscimos contratuais. O apelante, por sua vez, defendeu os critérios contratuais e operacionais que efetuou como legais e lícitos quanto aos mesmos pedidos de liquidação antecipada.

Inexiste erro de processamento, nem inversão indevida do ônus da prova, pois, em essência, não se controverteu o fato da antecipação da liquidação dos contratos, mas sim se a liquidação antecipada estaria a ocorrer em sintonia ou não com os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. Matéria ou questão de direito apenas, de estrita cognição judicial, para a qual desnecessária a produção de prova, nos termos da máxima *iura novit cúria*.

A aplicação da lei ao caso concreto cuidou o Juízo de Primeiro Grau, destacando-se que no microssistema consumerista brasileiro caberá ao magistrado - mesmo de ofício - a interpretação e a revisão das cláusulas contratuais (se o caso) para dar concretude a sua proteção como contratante vulnerável (art. 4º, inc. I, art. 6º, inc. V e VI, art. 46, art. 47, art. 51, IV, todos da Lei n. 8.078/1990), propondo-se, inclusive, que a carga da sentença em caso de provimento do pedido (como ocorreu parcialmente na hipótese) seja classificada como determinativa, de caráter constitutivo-integrativo e mandamental, reconhecendo-se ao julgador - portanto - a possibilidade de imiscuir-se do conteúdo do quanto contratado, conforme doutrina Nelson Nery Júnior¹⁴. Para mencionada tarefa - reafirme-se - não há necessidade de dilação probatória, restando prejudicada a alegação de inversão indevida do ônus da prova.

Passo à análise do mérito.

A concessão do crédito pelas instituições financeiras trata-se de operação corriqueira, de importância fundamental, para o saneamento das finanças de pessoas jurídicas e pessoas físicas em todo o país.

Ocorre que o crescimento de consumidores superendividados, fenômeno transnacional, sobretudo em relação às pessoas naturais, presumivelmente vulneráveis, nos termos do art. 4º, inc. I, da Lei n. 8.078/1990, fomenta no âmbito brasileiro a atualização do Código de Defesa do Consumidor.

A transparência e a informação qualificada no que diz respeito à concessão do crédito, bem como a liquidação dos contratos devem ser exigidas das instituições financeiras.

O direito à liquidação antecipada do mútuo bancário - direito potestativo do consumidor - deverá operacionalizar-se de maneira que a ele seja possível alcançar, de forma pormenorizada e inteligível, a *redução proporcional dos juros e dos acréscimos*, de forma semelhante ao que deveria ter ocorrido quando da concessão do crédito. Eventual resistência a tanto impedirá o exercício eficaz do direito à liquidação antecipada e, inclusive, da contextualização de desconto eventualmente a menor.

No caso concreto, há indícios de que aos consumidores sequer foram disponibilizados os contratos principais em que deveriam ser discriminados: / -

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. In GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 467.

preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III - acréscimos legalmente previstos; IV - número e periodicidade das prestações; V - soma total a pagar, com e sem financiamento, todos, incisos do art. 52, do Código de Defesa do Consumidor.

A verificação da regularidade do desconto eventualmente concedido depende essencialmente da transparência e dos esclarecimentos necessários a respeito da redução proporcional dos juros, não bastando a alegação genérica do apelante, no sentido de que estaria a cumprir o dispositivo legal.

O Juízo de Primeiro Grau fundamentou a necessidade de adequação de todos os contratos do banco ora apelante pertinentes ao *financiamento e à concessão de crédito de qualquer modalidade para permitir que o consumidor possa exercer, de forma adequada, o que a lei lhe garante, ou seja, a possibilidade de liquidar antecipadamente seu débito, com abatimento dos juros e demais acréscimos* (f. 815).

A análise da repetição de indébito deve considerar as normas específicas do Código de Defesa do Consumidor sobre o tema. Neste particular, o Juiz de Primeiro Grau - apesar de determinar a restituição em dobro de todos pagamentos feitos a maior em caso de liquidação antecipada do débito - não cuidou de fundamentar o engano justificável do apelado capaz de afastar a repetição em dobro.

A tese defendida pelo banco - da repetição do indébito de forma simples por não se ter contextualizado a má-fé de seus prepostos - ao argumento de que sobre a hipótese em tela tem aplicação o enunciado 159 do Supremo Tribunal Federal merece ressalva, pois referida Súmula foi construída ainda na vigência do Código Civil de 1916, para disciplinar a repetição de indébito, nos termos de seu art. 1.531, com correspondência no art. 940, do Código Civil de 2002, que trata de temática semelhante, mas que não se confunde com a repetição de indébito referida no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

O magistério de Cláudia Lima Marques, mais uma vez deve ser lembrado, para esclarecer que, em sede de relação de consumo, na eventualidade da pluralidade de normas sobre o mesmo tema, o Código de Defesa do Consumidor, quando trouxer norma mais favorável, deverá ter aplicação prioritária.

A referida doutrinadora, com propriedade, ensina que no ordenamento pátrio, existem relações econômicas que se desenvolvem entre *iguais* (entre civis ou entre empresários) e entre *diferentes* (fornecedores e consumidores). Em caso de desigualdade não só econômica, mas também fática ou jurídica, técnica ou ainda informacional, de um dos contratantes em relação ao outro, a

vulnerabilidade contextualizada atrairá a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Por outro lado, na ausência de referida vulnerabilidade, o regime jurídico aplicável, em vez do Código de Defesa do Consumidor, corresponderá ao Código Civil ou a diploma legal extravagante.

Observa-se que é possível e necessário o diálogo do Código de Defesa do Consumidor com outras fontes normativas, destacando-se a possibilidade de um intercâmbio sistemático entre as normas constantes do Código de Defesa do Consumidor e outras integrantes do Código Civil, em diálogos de *coerência*, de *complementaridade ou subsidiariedade* e de *adaptação ou coordenação*.

No primeiro caso - diálogo de coerência - deverá ocorrer a aplicação simultânea das normas de ambos diplomas legais. O Código de Defesa do Consumidor - como microssistema a abrigar conceitos específicos como os conceitos de fornecedor e consumidor - acabaram por ser atualizados e ratificados pelo Código Civil - diploma central - pois aqueles conceitos não foram repetidos ou tratados no Código Civil.

No segundo caso - diálogo de complementaridade ou subsidiariedade - com aplicação subsidiária das normas do Código Civil em relação ao Código de Defesa do Consumidor, pois os conceitos gerais constantes do Código Civil e não disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor poderão ser aproveitados nas relações de consumo, como, por exemplo, as normas do diploma geral que disciplinam o tema prescrição, apenas parcialmente tratado pelo Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual convenientemente deverá ser complementado pelo Código Civil.

Na terceira hipótese - diálogo de adaptação ou coordenação - possível dimensionar que o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil se tem influenciado reciprocamente, para definir o campo de aplicação de cada um dos diplomas legais. O Código de Defesa do Consumidor como legislação protecionista não deve ser aplicado - repise-se - quando não for contextualizada a vulnerabilidade do consumidor profissional (consumidor pessoa jurídica), pois em referida hipótese o próprio Código Civil se demonstrará hábil a proporcionar o equilíbrio da relação econômica subjacente.

Em conclusão - diante do quanto aqui exposto - filio-me ao pensamento da professora Cláudia Lima Marques, para quem:

"(...) o eg. Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Estaduais, os juízes de primeira instância e os JECs<Juizados Especiais Cíveis> consolidaram o uso do método do diálogo das fontes como caminho para - em casos difíceis - assegurar prevalência do princípio pro homine e desta eficácia horizontal dos direitos fundamentais por aplicação do CDC às relações privadas."¹⁵

Precede a aplicação subsidiariamente o art. 940, do Código Civil, às hipóteses de repetição de indébito, e eleger a má-fé do fornecedor, indiretamente, como diretriz única para condicionar a referida repetição em dobro, primeiro se deverá perquirir, no caso concreto, o alcance e a interpretação da expressão *engano justificável*, conceito jurídico indeterminado, a ser apropriado ou contextualizado pelo julgador, em sede de cognição judicial, e classificado, doutrinariamente, como requisito subjetivo e causa excludente do dever de indenizar em dobro do fornecedor nos casos que envolvam repetição de indébito em determinada relação de consumo. Por oportuno, transcrevo o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor:

"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."

A inserção de cláusulas contratuais que estabelecem tarifa para liquidação antecipada de contrato e a omissão no fornecimento de informações adequadas à comprovarem a redução proporcional de juros e acréscimos contratuais demonstram-se em providências premeditadas com finalidade, respectivamente, de locupletamento ilícito e de dissimulação, na medida em que ambos são contrários à lei, evidenciando a má-fé contratual.

O engano justificável, por óbvio, não se contextualiza para afastar a repetição em dobro no caso concreto. A propósito, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin ensina que *a prova da justificabilidade do engano, na medida em que é matéria de defesa, compete ao fornecedor. O consumidor, ao reclamar o que pagou a mais e o valor da sanção, prova apenas que o seu pagamento foi indevido e teve por base uma cobrança desacertada do credor.*¹⁶

¹⁵ cf. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 133-134.

¹⁶ Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2014. p. 321.

Leonardo Medeiros Garcia, ao fazer um retrospecto dos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), salientou que a Primeira Seção¹⁷ daquele Tribunal Superior - composta pelas Primeira e Segunda Turmas, e com competência para dirimir questões de direito público - firmou o entendimento de que se tratando de repetição de indébito em relação consumerista que envolva a prestação de serviço público, a contextualização de culpa do fornecedor basta para afastar o engano justificável e, por isso, em referido caso se demonstrará impositiva a repetição do indébito em dobro.

A Segunda Seção - composta pelas Terceira e Quarta Turmas - com competência para julgado de matérias de Direito Privado, tem orientação mais restritiva, no sentido de que somente a configuração de má-fé por parte do fornecedor imporá a repetição do indébito em dobro:

"Direito civil. Agravo no agravo de instrumento. Repetição do indébito. Forma simples.

- O entendimento dominante neste STJ é no sentido de admitir a repetição do indébito na forma simples, e não em dobro, salvo prova da má-fé.

Negado provimento ao agravo.

(AgRg no Ag 570.214/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2004, DJ 28/06/2004, p. 315)"

Acrescento, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) deverá rediscutir o mesmo tema diante de caso concreto que ultimou por congregar serviço público por concessão e também serviços de internet, diante da decisão de afetação no REsp, como paradigma para aplicação da sistemática dos recursos repetitivos:

"1. Cuida-se de recurso especial, interposto por ERONDINA DE ANDRADE MARAFIGA (e-STJ fls. 276-294) em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferido em apelação, nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de cobrança cumulada com pedido de repetição do indébito, dano moral e responsabilidade civil contra empresa de telefonia pela prática de conduta abusiva, consubstanciada na alteração unilateral do contrato, tais como instalação e cobrança de serviços não autorizados.

Segundo consta, ERONDINA DE ANDRADE MARAFIGA ajuizou ação declaratória de inexigibilidade de cobrança cumulada com pedido de repetição do indébito, dano moral e responsabilidade civil, em face da Brasil Telecom S.A. (OI S.A.), aduzindo a prática de condutas comerciais abusivas, como alteração unilateral

¹⁷ Vide REsp 1084815/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe 05/08/2009).

de contratos, instalação e cobrança de serviços não autorizados: PA140 - 01 FALE - FRANQUIA 230 MINUTOS e COMODIDADE - PACOTE DE SERVIÇOS INTELIGENTES, bem como substituiu arbitrariamente e sem qualquer comunicação a assinatura básica residencial pelo plano PA142 - 01 FALE MAIS - FRANQUIA 500 MINUTOS e FRANQUIA 500 MINUTOS FALE PACOTE FIXO-FIXO. A sentença (e-STJ fls. 181-186) julgou parcialmente procedente os pedidos para declarar a nulidade da cobrança dos serviços não contratados e determinar a devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente, julgando improcedente o pedido de indenização por dano moral.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (e-STJ fls. 255-273) negou provimento ao apelo da autora e deu parcial provimento ao apelo da ré para reconhecer que o prazo prescricional aplicável à espécie é de três (03) anos, a contar do ajuizamento da ação e determinar que a repetição do indébito ocorra de modo simples, limitada aos valores comprovadamente pagos, relacionados às faturas juntadas aos autos. Sobreveio o presente recurso especial que foi admitido pela Corte de origem como representativo de controvérsia repetitiva (e-STJ fls. 342-363).

2. Verifico que há multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idênticas questões de direito discutidas nestes autos, evidenciando o caráter multitudinário da controvérsia, versando sobre:

- ocorrência de dano moral indenizável, em virtude da cobrança de serviços não contratados ou (má) prestação de serviços de telefonia e internet, bem como, se configurado o dano, seria aplicável o reconhecimento "in re ipsa" ou a necessidade de comprovação nos autos.

- prazo prescricional incidente em caso de pretensão à repetição de valores supostamente pagos a maior ou indevidamente cobrados em se tratando de serviços não contratados ou (má) prestação de serviços de telefonia e internet - se decenal (artigo 205 do Código Civil), trienal (artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil) ou outro prazo;

- repetição de indébito simples ou em dobro e, se em dobro, se prescinde, ou não, da comprovação da má-fé do credor (artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor) ou da sua culpa (imprudência, negligência e imperícia);

- abrangência da repetição de indébito - se limitada aos pagamentos documentalmente comprovados pela parte autora na fase instrutória ou passível de o quantum ser apurado em sede de liquidação de sentença, mediante determinação à parte ré de apresentação de documentos.

3. Muito embora estejam em julgamento, na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, os Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 676.608/RS e n. 738.991/RS, assim como o conflito de competência n. 138.405/DF, em que são discutidos tanto o prazo prescricional quanto a competência interna nesta Corte para dirimir a questão, se das Turmas integrantes da Seção de Direito Privado ou se das Turmas integrantes da Seção de Direito Público, o que pode alterar a competência para julgamento do presente feito, a multiplicidade de recursos, nas instâncias ordinárias, tratando do referido tema (só no Estado do Rio Grande do Sul são mais de 15.000 processos), recomenda a imediata afetação.

4. Dessa forma, imperiosa a afetação do presente feito a julgamento perante a Segunda Seção, pela sistemática dos recursos repetitivos (arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil de 2015).

5. Determino a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão e que tramitem no território nacional, nos termos do art. 1.037, II, do CPC/2015.

6. Oficie-se aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, comunicando a instauração deste procedimento, a fim de que seja suspensa a tramitação dos processos.

7. Dê-se ciência, facultando-se-lhe manifestação no prazo de quinze dias (art. 1.038, I, do CPC/2015 c/c art. 3º, I, da Resolução STJ n. 08/2008) à : a) Defensoria Pública da União - DPU, b) Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, c) Federação Brasileira de Telecomunicações - FEBRATEL, d) Associação Brasileira de Telecomunicações - Telebrasil e e) Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC.

8. Comunique-se, com cópia deste despacho, ao Ministro Presidente e aos demais integrantes desta Corte.

9. Após, vista ao Ministério Público Federal para, querendo, oferecer manifestação em quinze dias (art. 3º, II, da Resolução n. 08/2008)."

(RECURSO ESPECIAL Nº 1.525.174 - RS (2015/0084767-9), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 07/06/2016)"

No caso, correta a condenação do banco na restituição em dobro do valor recebido a maior nos contratos liquidados antecipadamente, visto que caracterizada a má-fé contratual e ausente o engano justificável, incidindo na espécie o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor e também o art. 940, do Código Civil, inclusive, a Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal.

Nada a prover quanto ao pedido recursal de redução da multa diária,

concedida em sede de antecipação de tutela e mantida pelo Juiz de Primeiro Grau.

Nos termos do art. 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor¹⁸, a multa cominatória se demonstrou e se demonstra expediente hábil a garantir o quanto determinado na sentença, para demover o banco fornecedor de continuar a proceder a eventuais liquidações antecipadas dos contratos de seus consumidores em desacordo com a lei.

A multa cominatória (*astreintes*) foi fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor capaz de coibir a perpetração de prática abusiva pelo banco fornecedor.

Em apoio, precedente recente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. PLANO DE SAÚDE. FIXAÇÃO DE ASTREINTES. IMPOSIÇÃO PARA ESTIMULAR O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. VALOR ADEQUADO. DECISÃO MANTIDA.

1. Demonstrada nos autos, por intermédio de relatórios médicos, a necessidade de a recorrente submeter-se à cirurgia complementar, após a submissão à cirurgia para retirada de tumor cancerígeno, deve o plano de saúde autorizar o procedimento, porquanto abusiva a negativa.

2. A fixação de astreintes tem por objetivo desestimular a inércia injustificada do sujeito e tem lugar sempre que o magistrado entender que há recalcitrância em cumprir determinação judicial.

3. A medida coercitiva deve nortear-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para que não seja fonte de enriquecimento indevido ou, por sua insuficiência, desestímulo ao devido cumprimento da obrigação.

4. Recurso desprovido.

(Acórdão n.962078, 20160020225080AGI, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 24/08/2016, Publicado no DJE: 29/08/2016) Pág.: 177/187)"

Apelação interposta pelo instituto POLISDEC.

¹⁸ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

O Juízo de Primeiro Grau - ao julgar parcialmente procedente o pedido - em razão da sucumbência recíproca condenou ambas as partes ao pagamento de honorários advocatícios, apesar de compensá-los em seguida.

A referida condenação em relação à associação autora merece reforma. Em primeiro lugar, em sede de processo coletivo, devem ser aplicadas as normas processuais da legislação específica e apenas subsidiariamente as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Se o art. 18, caput, da Lei de Ação Civil Pública, expressamente, dispõe que não haverá condenação da associação autora, em *honorários de advogado, custas e despesas processuais*, salvo comprovada má-fé, conclui-se que, caso haja o julgamento de improcedência do pedido - sucumbência total - não haverá condenação nas verbas sucumbenciais. Por identidade de razões - em caso de procedência parcial do pedido - sucumbência parcial - não deverá haver condenação da associação autora nos mesmos ônus da sucumbência.

A fixação e a compensação em honorários advocatícios referida na sentença, apesar da sucumbência recíproca ser possível no processo civil comum, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973, deve ser afastada, por não se compatibilizar com a isenção ampla prevista no mencionado art. 18, da Lei de Ação Civil Pública.

Acrescenta-se que a sentença foi prolatada já na vigência do novo Código de Processo Civil, o enseja a aplicação imediatas das disposições deste diploma legal, inclusive sobre os ônus da sucumbência, destacando-se como imprópria a compensação dos honorários advocatícios, diante da vedação expressa do Código de Processo Civil, nos termos do art. 85, § 14, da Lei n. 13.105/2015¹⁹.

O art. 14 do Código de Processo Civil estabelece: *A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que

"O efeito retroativo da lei nova é sua aplicação dentro do passado e o efeito imediato é a aplicação da lei nova dentro do presente (Roubier. Droit

¹⁹ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

transitoire2, n. 38, p. 177). O nosso sistema proíbe a aplicação da lei nova dentro do passado, isto é, para os fatos ocorridos no passado. Os fatos pendentes (*facta pendentia*) são, na verdade, os fatos presentes, regulados pela eficácia imediata da lei nova, vale dizer, que se aplica dentro do presente. A regra *tempus regit actum* não significa aplicação da lei do começo do processo."²⁰

Tendo em vista a aplicabilidade imediata da nova norma processual, em respeito ao princípio *tempus regit actum*, os honorários advocatícios a serem fixados na sentença devem obedecer à data de sua prolação. Se a sentença foi proferida antes de 18/03/2016, a verba honorária deve ser fixada conforme o Código de Processo Civil de 1973; se a sentença foi proferida após 18/03/2016, os honorários sucumbenciais devem obedecer ao regramento do novo Código de Processo Civil. Nesse sentido:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ARBITRADOS NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. NORMA PROCESSUAL. APLICABILIDADE IMEDIATA.

1. As normas concernentes aos honorários de sucumbência revestem-se de natureza processual e, por isso, possuem aplicação imediata, inclusive aos processos pendentes.

2. Se a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa exceder ao previsto no inciso I do § 3º do art. 85 do novo CPC, o percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a ultrapassar, a faixa subsequente, e assim sucessivamente (CPC/2015, art. 85, § 5º).

(...)

(Acórdão n. 966009, 20070020084000EXE, Relator: WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR CONSELHO ESPECIAL, Data de Julgamento: 13/09/2016, Publicado no DJE: 19/09/2016. Pág.: 42)"

No caso dos autos, a sentença foi proferida em 18/05/2016; a fixação dos honorários advocatícios deveria, assim, ter sido feita em conformidade

²⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 2 ed. em ebook baseada na 16 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

com o novo Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do Banco Alfa S.A. e dou provimento à apelação do instituto POLISDEC, para afastar sua condenação em honorários em face da isenção legal, em consequência, declaro indevida a compensação referida na sentença; e para fixar os honorários de sucumbência, que deverão ser suportados tão somente pelo Banco Alfa S.A., em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, tomando por base o zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Em atenção ao art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, e ao trabalho adicional realizado em grau recursal, majoro em 5% (cinco por cento), sobre o valor da causa, totalizando em 15% (quinze por cento), devidos à defesa da parte autora.

Custas processuais pelo réu.

É como voto.

O Senhor Desembargador ANGELO PASSARELI - Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador SEBASTIÃO COELHO - Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECER DOS RECURSOS. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ. DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR. UNÂNIME.