



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0321281-04.2018.8.19.0001

APELANTE : UNIVERSAL MUSIC PUBLISHING LTDA
APELADO1 : ROBERTO CARLOS BRAGA
APELADO2 : ERASMO ESTEVES
RELATOR : DES. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS

2ª Vara Empresarial

Juiz: Dra. Maria Christina Berardo Rucker

A C Ó R D Ã O

Apelação cível. Direito Empresarial. Propriedade intelectual. Ação revisional de contrato de cessão de direitos autorais. Aos titulares de direitos de autor é assegurada a prerrogativa de explorar economicamente sua criação, por meio das pertinentes espécies contratuais, notadamente aquelas tipificadas na Lei n. 9.610/98. A rigor, é de se ter impositiva a pactuação das partes por incidência do princípio *pacta sunt servanda*, pelo que o contrato depois de firmado faz lei entre os integrantes. Espécie que não reclama relativização da autonomia privada por incidência da cláusula geral da função social dos contratos ou de outros influxos relacionados à principiologia regente da matéria, mercê do art. 2.035, parágrafo único do Código Civil. Caso concreto no qual os contratos de cessão de direitos autorais são negócios jurídicos típicos, albergados pela legislação de regência, e não se encontram em colisão com quaisquer normas de ordem pública, seja porque preenchem os requisitos preconizados pelos arts. 49 a 52 da Lei n. 9.610/98, seja porque observam a cláusula geral de boa-fé objetiva e seus deveres anexos. Função social que se tem por preservada. Avenças que asseguram aos autores os direitos de execução das obras, inclusive com cláusulas abertas que permitem albergar tecnologias mais recentes. Inviabilidade da revisão almejada, uma vez que o contrato de edição é uma segunda modalidade de transferência que se distingue técnica e essencialmente da cessão de direitos autorais, mas também porque as obrigações constantes dos instrumentos encartados com a inicial estão longe de versarem sobre licenciamento de administração de repertório. Doutrina. Pedido subsidiário declaratório de violação contratual que não prospera. Execução pública que alcança as reproduções de fonogramas por meio de tecnologia de *streaming*. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Previsão contratual acerca da remuneração pelas execuções públicas





que engloba os ambientes digitais, não havendo falar em hipossuficiência no contexto de contratos sinalagmáticos. **Resolução fundada em inadimplemento contratual que não se sustenta. Ausência de interesse de agir sob a ótica da adequação. Contratos que versam sobre cessão definitiva de direitos autorais. Desconstituição que deve se dirigir contra a validade do negócio jurídico, à luz do art. 108 do Código Civil. Demais questionamentos que devem ser resolvidos na sede indenizatória à luz do cumprimento imperfeito da avença. Ônus da prova. Dimensão subjetiva. Parte autora que não comprovou de forma convincente o fato constitutivo de seu direito. Inteligência do art. 373, I do Código de Processo Civil. Improcedência do pedido. Reforma da sentença, com a condenação dos demandantes nos ônus da sucumbência. Provimento do recurso.**

Vistos, relatados e decididos estes autos da Apelação Cível nº 0321281-04.2018.8.19.0001, em que é Apelante UNIVERSAL MUSIC PUBLISHING LTDA e são Apelados ROBERTO CARLOS BRAGA e ERASMO ESTEVES.

A C O R D A M os Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **CONHECER O RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação revisional proposta por **ROBERTO CARLOS BRAGA** e **ERASMO ESTEVES** em face de **UNIVERSAL MUSIC PUBLISHING LTDA** alegando que possuem relação jurídica com a ré consistente em contratos de cessão de direitos autorais, relacionados as obras musicais produzidas nas décadas de 60 a 90. Sustentam que os contratos jamais representaram a espécie “cessão de direitos”, mas sim se caracterizam como “contratos de edição”, uma vez que a essência das obrigações é de licenciamento de administração de repertório. Entendem que diante da natureza de contrato de edição, vigoram por prazo indeterminado e podem ser denunciados a qualquer tempo. A par disto, alegam que a ré extrapolou os limites do objeto pactuado entre nas décadas de 60, 70 e 80 e violou a confiança inerente às relações contratuais, ao arrepio dos ditames legais da boa-fé objetiva, uma vez que não detém direitos patrimoniais para a exploração das obras cedidas por intermédio do formato digital. Pretendem a declaração da avença objeto da lide como contrato de edição. Sucessivamente, requerem a declaração de inexistência de direitos autorais da ré sobre a exploração patrimonial das obras dos autores por intermédio de tecnologias digitais. Alternativamente, caso não se entenda pela convolação do objeto, pedem a resolução das relações contratuais entre ré e os autores.

Contestação às fls. 117/139 alegando, em síntese: incompetência absoluta do Juízo; ausência de fundamento nas alegações dos autores, tendo em vista que o comportamento dos destes é contraditório; que a a segurança jurídica do negócio está ligada





ao cumprimento do comando contratual prescrito; que o contrato celebrado com os autores não se confunde com de edição.

Sentença às fls. 552/554, julgando procedente o pedido autoral para: (i) reconhecer que os contratos objetos do litígio têm natureza de contrato de edição; (ii) pronunciar a rescisão contratual, a partir da notificação extrajudicial enviada à ré.

Em suas razões de decidir, asseverou o julgador: que a demanda versa sobre declaração de inexistência de direitos autorais da sobre a exploração das obras musicais e, alternativamente, resolução das relações contratuais; que há relação contratual entre os autores da obra e a sociedade responsável por sua edição; que os direitos autorais e os que lhe são conexos encontram-se regulados pela Lei nº 9.610/98 e visam à garantia do direito dos criadores de uma obra intelectual de usufruir todos os benefícios proporcionados pela sua concepção; que embora os contratos seja anteriores à referida lei, por se tratar de contrato de trato sucessivo, devem ser ajustados a legislação vigente; que na maioria dos contratos de edição há uma cláusula exigindo que o artista conceda os direitos autorais da composição à gravadora, denominando o contrato de cessão de direitos autorais; que para ocorrer a alienação dos direitos patrimoniais do autor há que se verificar uma remuneração pela transferência definitiva do direito; que no contrato de edição o editor obriga-se a reproduzir e a divulgar a obra e fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas pelo autor, na forma do art. 56 da Lei; que no contrato assinado pelas partes, apesar de intitulado "Cessão de direitos autorais", não houve estipulação de remuneração pela transferência definitiva da obra dos autores; que o contrato é, portanto, de edição das obras produzidas pelo compositor contratado onde há obrigação da editora de divulgar e explorar a obra e a pagar contraprestação periódica relativa ao trabalho de edição; que o contrato tem caráter perpétuo, o que não é possível em nosso ordenamento jurídico; que visando à proteção do compositor, estipula-se que a transferência temporária do direito autoral é de no prazo máximo de cinco anos, conforme art. 49, III da referida lei e os referidos contratos perduram por prazo superior; que o cenário musical retrata grandes editoras aproveitarem de seu poderio econômico para obrigar o compositor a incluir nos contratos cláusulas que são verdadeiras violações ao direito autoral para exercer a propriedade definitiva das obras; que os compositores não pretendem vender suas obras às editoras, mas apenas entregar às mesmas a administração de seu repertório, com vistas a potencializar a utilização econômica de suas criações; que no caso concreto os contratos foram celebrados entre as partes em quando ainda não havia as novas modalidades de exploração da obra; que a lei de direitos autorais em seu art. 49 dispõe que a cessão só se opera com relação às modalidades de utilização já existentes à data do contrato, a ré não poderia comercializar a modalidade de "streaming".

Apela o réu às fls. 596/620, pela reforma integral do julgado, reeditando a tese da defesa.

Contrarrazões às fls. 792/812, prestigiando o julgado.

É o RELATÓRIO.

VOTO





Conheço o recurso uma vez que presentes os seus requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia a apurar a possibilidade de revisão de contrato de cessão de direitos autorais por entender se tratar de contrato de edição, com a consequente rescisão da avença.

Da análise dos autos verifica-se que assiste razão ao recorrente.

Os direitos autorais possuem matriz constitucional (art. 5º, XXVII e XXVIII da Carta da República) e regência pela Lei n. 9.610/98, a qual atribuiu ao titular a prerrogativa de explorar economicamente sua criação, o que inclui a transferência a terceiros, nos termos do diploma legal referido:

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: (...)

A transferência de direitos autorais pode se dar por meio de cessão ou de edição, sendo certo que a solução da controvérsia no caso em tela passa justamente pela distinção destas duas espécies de contratos.

Segundo o magistério de CARLOS ALBERTO BITTAR, o contrato de cessão de direitos autorais é o instrumento por meio do qual

“o autor transfere, a título oneroso ou não, a outrem, um ou mais direitos patrimoniais sobre a sua criação intelectual. Despoja-se o autor (ou seus sucessores), por essa forma, de um ou mais de seus direitos exclusivos, no plano patrimonial (direitos de reprodução ou de representação, pelos diferentes processos existentes em cada qual).”¹

Trata-se de um contrato obrigatoriamente escrito, presumidamente oneroso (art. 50 da Lei n. 9.610/98), cujo objeto deve apontar quais os direitos transferidos, além da extensão, o destino, o lugar e a duração do pacto (art. 50, §2º).

Por sua vez, o contrato de edição é aquele no qual

“o autor entrega a obra ao editor, para que a reproduza mecanicamente e a explore. O editor faz a reprodução da obra, divulga-a e vende os exemplares convencionados, fruindo os resultados econômicos da exploração e pagando ao autor a remuneração estipulada.”²

¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 114.

² *Ibidem*, p. 114.





Nesta espécie de pactuação, a obra é reproduzida ou multiplicada por qualquer meio estipulável para que se alcance tal finalidade, devendo ser especificado o número de exemplares, o prazo da edição, a remuneração do autor, a forma de pagamento e de controle e demais obrigações correspondentes, inclusive a possibilidade de atribuição de custos a uma contraente ou sua repartição. A legislação de regência contempla um apanhado de regras específicas para o contrato de edição, lançadas nos arts. 53 a 67 da Lei 9.610/98 e que versam sobre a reprodução propriamente dita da obra, a fixação do preço de venda, as alterações e as edições sucessivas.

No caso ora em julgamento, entendem os autores que os negócios jurídicos celebrados (contratos de cessão de direitos autorais) teriam, na realidade, essência de contratos de edição, uma vez que as obrigações ali pactuadas versam sobre licenciamento de administração de repertório. Dizem, inclusive, que por entenderem se tratar de licenciamento, não teria ocorrido a transferência definitiva de seus direitos autorais, daí porque seria legítimo pleitear a rescisão das avenças.

Vejamos.

A rigor, é de se ter impositiva a pactuação das partes por incidência do princípio *pacta sunt servanda*, pelo que o contrato depois de firmado faz lei entre as partes integrantes.

Todavia, conforme deveras consabido, há casos em que a autonomia privada vem a ser relativizada por incidência da cláusula geral da função social dos contratos ou de outros influxos relacionados à principiologia regente da matéria, mercê do art. 2.035, parágrafo único do Código Civil, o que não se vislumbra no caso em tela. Por oportuno, *in verbis*:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. **Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.**

No caso em tela, os contratos de cessão de direitos autorais contra os quais se insurge o demandante são negócios jurídico típicos, albergados pela legislação de regência, e não se encontram em colisão com quaisquer normas de ordem pública, seja porque preenchem os requisitos preconizados pelos arts. 49 a 52 da Lei n. 9.610/98, seja porque observam a cláusula geral de boa-fé objetiva e seus deveres anexos.

No que tange à sua função social, é de se tê-la por preservada.

Conforme consabido, tanto quanto a propriedade deve atender à sua função social, igualmente os contratos devem cumprir uma função entre os convenientes e também





uma função pública, em prol da coletividade, a exemplo do que ocorre com a criação de empregos, a democratização de acesso a bens, a proteção do meio ambiente etc.

Esta noção autoriza a imposição de limites sobre as partes — ditados pela sociedade a todas as demais pessoas —, com base no próprio ordenamento jurídico, na eticidade que deve promanar das relações interpessoais, no interesse público e em tudo o mais que possa traduzir a realização do bem comum. Mas também, é da essência da função social do contrato a realização de interesses individuais que se encontrem em compasso com o interesse coletivo, tal como preceitua o magistério de CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *in verbis*:

“É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser enfocado sob dois aspectos: um individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nesta medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.”³

Na espécie, em que pese alguns dos contratos terem sido celebrados nos idos de 1960 a 1990, das avenças constam em prol dos autores o asseguramento dos direitos de execução das obras, inclusive com cláusulas abertas que permitem albergar tecnologias mais recentes. Confirmam-se:

Fl. 65:

D) DIREITOS DE EXECUÇÃO (inclusive radiodifusão e televisão): 67% (sessenta e sete por cento)
para o(s) AUTOR(ES) e 33% (trinta e três por cento)
para a EDITORA, observado, quando for o caso, o disposto na Cláusula VI.

Fl. 69:

c. **EXECUÇÃO PÚBLICA** : O direito de executar a **COMPOSIÇÃO** ao público, transmitir radiofonicamente ou por televisão, através de qualquer processo vivente ou mecânico, ou autorizar terceiros para tal fim.

Com efeito, no que tange à função social dos contratos que materializam a relação jurídica existente entre os litigantes, notadamente no aspecto individual (isto é, aquele inerente à satisfação dos interesses que são próprios dos contraentes), é de se a ter plenamente alcançada, ainda mais quando se sabe que os titulares dos direitos autorais recebem rendimentos por meio de repasses oriundos do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).

Para além disto, o que se colhe da causa de pedir do demandante é uma inegável confusão de conceitos, não apenas porque o contrato de edição é uma segunda modalidade de transferência que se distingue técnica e essencialmente da cessão de direitos autorais, mas também porque as obrigações constantes dos instrumentos encartados com a

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26.





inicial estão longe de versarem sobre licenciamento de administração de repertório. Isto porque, de acordo com o magistério de HÉRCOLES TECINO SANCHES,

“As cessões trazem consigo a ideia de mudança da titularidade sobre um direito mediante apropriada outorga. O licenciamento indica ato de autorização ou permissão para fazer ou usar, não expressando a vontade de despojamento temporário ou definitivo, da titularidade do autorizador.”⁴

Nesta ordem de ideias, considerando que os instrumentos apresentados pelos demandantes referem expressamente a transferência definitiva dos direitos autorais, é de se reconhecer que os contratos foram celebrados como cessão de direitos e não comportam qualquer revisão que altere a conformação de seu conteúdo, uma vez que guardam todas as características inerentes e esta modalidade.

À luz destas razões, igualmente não prospera a pretensão subsidiária por meio da qual o demandante pretende a declaração de que a ré teria exorbitado o escopo dos contratos, porque os instrumentos supostamente não alcançariam direitos decorrentes da reprodução das obras em formato digital e também porque os autores à época da celebração das avenças seriam hipossuficientes.

No ponto, vale recordar que provém da 2ª Seção DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA o *leading case* que estabelece como modalidade de execução pública as reproduções de fonogramas por meio de tecnologia de *streaming* (o que inclui conhecidas plataformas como You Tube, Apple Music, Amazon Music, Spotify e Deezer por exemplo). Confira-se, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. INTERNET. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. TECNOLOGIA STREAMING. SIMULCASTING E WEBCASTING. EXECUÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD. POSSIBILIDADE. SIMULCASTING. MEIO AUTÔNOMO DE UTILIZAÇÃO DE OBRAS INTELECTUAIS. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. NOVO FATO GERADOR. TABELA DE PREÇOS. FIXAÇÃO PELO ECAD. VALIDADE.

1. **Cinge-se a controvérsia a saber:** (i) se é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*); (ii) **se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais** apta a gerar pagamento ao ECAD e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia *streaming* constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.

2. *Streaming* é a tecnologia que permite a transmissão de dados e informações, utilizando a rede de computadores, de modo contínuo. Esse mecanismo é caracterizado pelo envio de dados por meio de pacotes, sem a necessidade de que o usuário realize *download* dos arquivos a serem executados.

3. O *streaming* é gênero que se subdivide em várias espécies, dentre as quais estão o *simulcasting* e o *webcasting*. Enquanto na primeira

⁴ SANCHES, Hércules Tecino. *Legislação autoral*. São Paulo: LTr, 1999, p. 150.





espécie há transmissão simultânea de determinado conteúdo por meio de canais de comunicação diferentes, na segunda, o conteúdo oferecido pelo provedor é transmitido pela internet, existindo a possibilidade ou não de intervenção do usuário na ordem de execução.

4. À luz do art. 29, incisos VII, VIII, "i", IX e X, da Lei nº 9.610/1998, verifica-se que a tecnologia *streaming* enquadra-se nos requisitos de incidência normativa, configurando-se, portanto, modalidade de exploração econômica das obras musicais a demandar autorização prévia e expressa pelos titulares de direito.

5. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o *streaming* é uma das modalidades previstas em lei, pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública.

6. Depreende-se da Lei nº 9.610/1998 que é irrelevante a quantidade de pessoas que se encontram no ambiente de execução musical para a configuração de um local como de frequência coletiva. Relevante, assim, é a colocação das obras ao alcance de uma coletividade frequentadora do ambiente digital, que poderá, a qualquer momento, acessar o acervo ali disponibilizado. Logo, o que caracteriza a execução pública de obra musical pela internet é a sua disponibilização decorrente da transmissão em si considerada, tendo em vista o potencial alcance de número indeterminado de pessoas.

7. O ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como uma execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei nº 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial a ensejar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

8. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral previsto no art. 31 da Lei nº 9.610/1998 está relacionado à modalidade de utilização e não ao conteúdo em si considerado. Assim, no caso do *simulcasting*, a despeito do conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tonando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.

9. Está no âmbito de atuação do ECAD a fixação de critérios para a cobrança dos direitos autorais, que serão definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em Assembleia Geral, composta pelos representantes das associações que o integram, e que contém uma tabela especificada de preços. Inteligência do art. 98 da Lei nº 9.610/1998.

10. Recurso especial provido.

(REsp 1559264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017)

Com efeito, também aqui não se vislumbra sucesso na tese autoral uma vez que a previsão contratual acerca da remuneração pelas execuções públicas engloba os ambientes digitais, sendo certo que não se há falar em hipossuficiência no contexto de contratos sinalagmáticos.

No mais, ainda em sede de pedido subsidiário, pugnaram os autores pela resolução dos pactos em virtude de inadimplemento contratual fundado em





inadequada prestação de contas quanto aos valores dos repasses e por alegada conduta desidiosa em relação à exploração comercial das obras.

Também aqui, melhor sorte não acode aos demandantes.

Sabe-se que o interesse de agir é requisito do juízo de admissibilidade da ação previsto no art. 17 do Código de Processo Civil, e deve ser aferido à luz dos parâmetros da necessidade, da adequação e da utilidade da via eleita na busca da tutela pretendida pelo demandante para o direito material.

A adequação é percebida quando o demandante se vale de instrumentos processuais que lhe permitam alcançar a tutela almejada e, conseqüentemente, a pacificação do conflito.

No caso em tela, não se pode olvidar que os contratos em questão versam sobre cessão definitiva de direitos autorais. A rigor, a única forma possível de os desconstituir seria por meio da pertinente demanda dirigida contra a validade do negócio jurídico, à luz do art. 108 do Código Civil. Questionamentos a respeito do repasse de valores ou de comportamentos supostamente inadequados por parte do outro contraente se resolvem na sede indenizatória à luz do cumprimento imperfeito da avença, o que revela a patente ausência de interesse processual dos autores sob a aspecto da adequação.

E ainda que assim não o fosse, acaso se considerasse viável o pedido de rescisão do contrato, a solução da controvérsia nesta quadra passa pela valoração dos argumentos das partes à luz das provas aduzidas aos autos.

Conforme consabido, as regras sobre ônus da prova possuem duas dimensões: subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva atribui a cada parte o ônus genérico de provar em juízo as suas alegações: ao autor, cabe a prova dos fatos constitutivos de seu direito; enquanto ao réu cabe a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

É o que se depreende da regra textualmente vivificada no art. 373 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Essa regra de instrução impõe que as partes desincumbam-se de seus respectivos ônus no momento da produção da prova, ainda que ocorra eventual redistribuição dessa obrigação, mercê da aplicação da teoria da carga dinâmica (art. 373, §1º).

A dimensão objetiva, por sua vez, é regra subsidiária de julgamento que permite definir o resultado da controvérsia quando não disponha o juiz de provas suficientes



para julgar o mérito em favor de uma ou de outra parte pura e simplesmente com base naquilo que produziram em juízo.

Significa dizer que a parte que não tenha se desincumbido de seu ônus sofrerá as consequências negativas de seu infortúnio pois, ainda que o juiz não tenha formado a sua convicção com base em todas as provas produzidas, julgará a causa em desfavor daquela parte que não se desobrigou de seu ônus probatório.

No caso em tela, tem-se que a análise do pedido subsidiário de resolução dos contratos se resolve sob a ótica da instrução processual.

Para lograr êxito em sua pretensão, compete aos demandantes a prova do fato constitutivo de seu direito, consistente na demonstração de que os valores recebidos são efetivamente inferiores àqueles repassados pelo réu e quanto entende fazer jus a receber, para que então se pudesse cogitar a ocorrência de indébito ou de desídia da ré no cumprimento de suas obrigações.

A autora não se desincumbiu do referido ônus, na medida em que o documento de fls. 88/94 se trata apenas de um extrato de pagamentos, que isoladamente considerado está longe de demonstrar pagamentos a menor ou eventuais lucros cessantes.

Os demandantes, portanto, deram azo a sua própria desventura, impondo-se, também por este aspecto, a reforma da decisão proferida na origem. Confira-se a jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONVICÇÃO DO JULGADOR. LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA. PERSUAÇÃO RACIONAL. ÔNUS DA PROVA. CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS. MITIGAÇÃO LIMITADA. ARTIGOS ANALISADOS: 126, 131 E 333 DO CPC.

(...)

3. De acordo com o disposto no art. 333 do CPC, ao autor incumbe provar os fatos constitutivos de seu direito; e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

4. O ônus da prova, enquanto regra de julgamento - segundo a qual a decisão deve ser contrária à pretensão da parte que detinha o encargo de provar determinado fato e não o fez -, é norma de aplicação subsidiária que deve ser invocada somente na hipótese de o julgador constatar a impossibilidade de formação de seu convencimento a partir dos elementos constante dos autos.

5. Apenas em situações excepcionais, em que o julgador, atento às peculiaridades da hipótese, necessita reduzir as exigências probatórias comumente reclamadas para formação de sua convicção em virtude de impossibilidades fáticas associadas à produção da prova, é viável o julgamento do mérito da ação mediante convicção de verossimilhança.

6. Em contrapartida, permanecendo a incerteza do juiz, decorrente da ausência de produção de prova, em tese, viável do ponto de vista prático, deve-se decidir com base na regra do ônus da prova.

7. No particular, consta expressamente do acórdão recorrido que a recorrida não produziu a prova que lhe competia, inexistindo qualquer peculiaridade apta a flexibilizar a exigência de dilação



probatória. Caracteriza-se, assim, a hipótese clássica de incidência do ônus da prova.

8. Recurso especial provido. (REsp 1364707/PE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe

Diante do acima exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER O RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO** para **JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO**, condenando a parte autora nos ônus da sucumbência, arbitrados os honorários advocatícios no valor equivalente a **10% (dez por cento)** do valor atualizado da causa.

Rio de Janeiro, 27 de abril de 2022.

PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS
Desembargador Relator