



# **BOLETIM INFORMATIVO**

## **Nº 14/2017**





## ÍNDICE

### 1. DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1 STF - Constituição Federal de 1988 e defensores admitidos sem concurso público.

1.2 STF - Amazônia Legal e regularização fundiária.

1.3 STF - CNJ e anulação de concurso público.

1.4 STJ - Concurso público. Candidato aprovado fora do número de vagas. Desistência de candidatos melhor classificados. Impetrante que passa a figurar no número de vagas previstas no edital. Direito à nomeação. Existência. Segurança concedida.

### 2. DIREITO CIVIL

2.1 STJ - Ação de compensação por danos morais. Prisão efetuada por policial fora do exercício das funções. Ofensa à liberdade pessoal. Dano configurado.

### 3. DIREITO PENAL

3.1 STF - Atentado violento ao pudor e regime inicial semiaberto.

### 4. DIREITO DO CONSUMIDOR

4.1 STJ - Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Atraso da obra. Cláusula de tolerância. Validade. Previsão legal. Peculiaridades da construção civil. Atenuação de riscos. Benefício aos contratantes.

4.2 STJ - Plano de saúde. Transtorno mental. Depressão. Tratamento psicoterápico. Limitação do número de consultas. Abusividade.

4.3 STJ - Ação coletiva. Direitos individuais homogêneos. Remessa necessária. Não cabimento.

4.4 STJ - Prestações de mútuo firmado com instituição financeira. Desconto em conta-corrente e desconto em folha. Hipóteses distintas. Aplicação, por analogia, da limitação legal ao



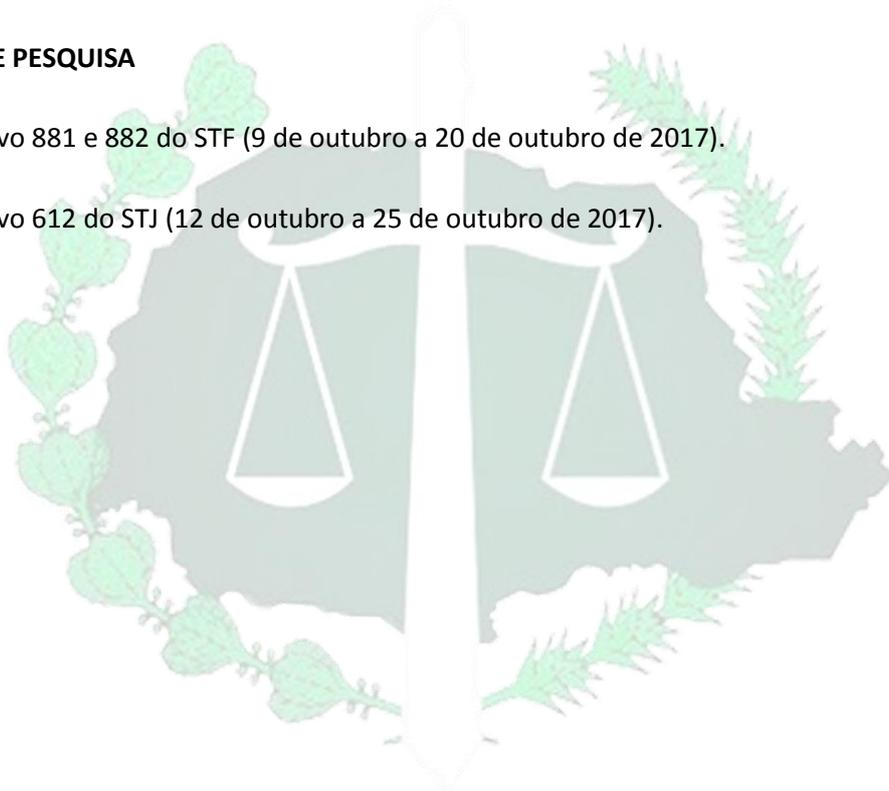
empréstimo consignado ao mero desconto em conta-corrente, superveniente ao recebimento da remuneração. Inviabilidade. Dirigismo contratual sem supedâneo legal. Impossibilidade.

**DICA: CLIQUE NO ITEM PARA IR DIRETAMENTE À PÁGINA**

**FONTE DE PESQUISA**

Informativo 881 e 882 do STF (9 de outubro a 20 de outubro de 2017).

Informativo 612 do STJ (12 de outubro a 25 de outubro de 2017).



Editoração da equipe da EDEPAR:  
Natália Fernandes – Acadêmica de Direito



## 1. DIREITO ADMINISTRATIVO

### 1.1 Constituição Federal de 1988 e defensores admitidos sem concurso público:

A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a agravo regimental em recurso extraordinário em que discutida a situação de advogados contratados sem concurso público para exercer cargo em defensoria pública estadual depois de promulgada a Constituição Federal de 1988.

A Lei Complementar 55/1994, do Estado do Espírito Santo, que permitiu a incorporação de advogados admitidos sem a realização de concurso público à defensoria, foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1199/ES (DJU de 19.4.2006), ressaltados os efeitos “ex tunc” da decisão.

Nesse sentido, a administração estadual solicitou o cumprimento da sentença da ADI e, por conseguinte, o desligamento dos advogados, alegando que sua manutenção estaria causando prejuízos à instituição.

Dessa forma, a Turma decidiu pela regularização da composição da defensoria, no sentido de substituir os advogados contratados pelos indivíduos aprovados em concurso que aguardam na fila, visando à organização mais eficiente e apropriada da administração.

Conforme tese fixada em repercussão geral (Tema 476), os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima não podem justificar a manutenção no cargo de candidato admitido sem concurso público. O Colegiado ressaltou, ainda, a inaplicabilidade do disposto no art. 22 (1) do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) ao caso em questão, visto que a contratação dos advogados se deu após a instalação da constituinte.

Vencida a ministra Rosa Weber (relatora), que negou provimento ao agravo, por entender a necessidade de resguardo dos princípios da segurança jurídica, boa-fé e confiança, haja vista a decorrência de mais de vinte anos de exercício do cargo pelos contratados.

(1) ADCT: “Art. 22. É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembléia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição”.

RE 856550/ES, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 10.10.2017. (RE-856550)



## 1.2 Amazônia Legal e regularização fundiária:

O Plenário conheceu em parte de ação direta de inconstitucionalidade e, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido para aplicar a técnica da interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto:

a) ao § 2º (1) do art. 4º da Lei 11.952/2009, a fim de afastar qualquer entendimento que permita a regularização fundiária das terras públicas ocupadas por quilombolas e outras comunidades tradicionais da Amazônia Legal em nome de terceiros ou de forma a descaracterizar o modo de apropriação da terra por esses grupos; e

b) ao art. 13 (2) do mesmo diploma, a fim de afastar quaisquer interpretações que concluam pela desnecessidade de fiscalização dos imóveis rurais até quatro módulos fiscais, devendo o ente federal utilizar-se de todos os meios referidos em suas informações para assegurar a devida proteção ambiental e a concretização dos propósitos da norma, para somente então ser possível a dispensa da vistoria prévia, como condição para a inclusão da propriedade no programa de regularização fundiária de imóveis rurais de domínio público na Amazônia Legal.

De início, o Colegiado assentou o prejuízo da pretensão relativa ao art. 15, I, §§ 2º, 4º e 5º, da Lei 11.952/2009 por perda do objeto, tendo em vista a superveniência da Lei 13.465/2017, que alterou substancialmente o inciso I e o § 2º do art. 15 e revogou os §§ 4º e 5º. Assim, conheceu do pleito apenas no tocante ao § 2º do art. 4º e ao art. 13 da Lei 11.952/2009.

Reportou-se à jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que incumbe ao Estado e à própria coletividade a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A correta política pública procura reduzir a desigualdade social e promover o desenvolvimento sustentável da região, possibilitando o acesso às políticas de moradia, crédito rural, assistência técnica e extensão rural, dependentes da regularização do título ou da posse ou da propriedade para se concretizar.

Relativamente ao § 2º do art. 4º, o Plenário entendeu que abriu-se a possibilidade para exegese que permita a terceiros — não integrantes dos grupos identitários de remanescentes de quilombos e comunidades tradicionais — ter acesso a essas terras, se comprovados os demais requisitos para a regularização fundiária.



A Constituição, nos arts. 216 (4) do texto permanente e 68 (5) do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), defere especial proteção aos territórios ocupados pelas comunidades com modos tradicionais de criar, fazer e viver e pelos remanescentes quilombolas.

Extraiu a conceituação de comunidade quilombola do art. 2º do Decreto 4.887/2003 e a das comunidades tradicionais do art. 3º do Decreto 6.040/2007 — que instituiu a Política de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Ambas as regras se encontram no âmbito de tutela especial abarcado pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, internalizada pelo Decreto 5.051/2004.

A questão central, no que concerne à caracterização das comunidades tradicionais e de sua espécie quilombola, é a terra. Eles mantêm uma relação com a terra que é mais do que posse ou propriedade. É uma relação de identidade entre a comunidade e sua terra, que recebe especial atenção na Constituição e nos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro. Essa tutela, entretanto, não se verifica no dispositivo legal em análise.

Mostra-se deficiente a proteção conferida pelo § 2º do art. 4º da Lei 11.952/2009, sendo preciso dar à norma interpretação de acordo com os ditames constitucionais de forma a assegurar, em sua correta e máxima efetividade, a garantia dos direitos territoriais dessas comunidades.

A respeito das comunidades remanescentes de quilombos, a Constituição assegura-lhes a propriedade das terras que ocupam tradicionalmente. O Decreto 4.887/2003, apontado pela União como norma específica em relação aos quilombolas, não trata de procedimento de regularização fundiária de terras da União.

Sobre as demais comunidades tradicionais, não há norma específica para a regularização de terras públicas por elas ocupadas, pois o Decreto 6.040/2007 não dispõe sobre a delimitação e demarcação de terras a essa população.

Logo, a Lei 11.952/2009, que seria de aplicação apenas subsidiária a esses grupos, passava a ser de aplicação cogente, porquanto não era derogada por qualquer outra, colocando em risco o exercício dos direitos a eles resguardados constitucionalmente.

Além disso, o estatuto legal impugnado destina-se a promover a titulação de terras a proprietários individuais, consoante se infere de seu art. 5º, que cuida da regularização da



ocupação ao próprio ocupante, seu cônjuge ou companheiro. Acontece que a propriedade de terras ocupadas pelas citadas comunidades é de feição coletiva e, sem a garantia de um tratamento específico, possibilita-se a não observância dessa característica.

Noutro passo, quanto ao art. 13 da Lei 11.952/2009, o Colegiado compreendeu que o direito ao meio ambiente equilibrado foi garantido a todos, de modo difuso, pelo texto constitucional, em seu art. 225, “caput”. Sendo assim, deve o legislador tornar certa a máxima efetividade dos direitos fundamentais, vedado, de toda maneira, proteção insuficiente à segurança desses direitos.

Os direitos fundamentais não podem ser tidos somente como proibições de intervenção, expressando ainda um postulado de proteção. Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela.

A tutela desse direito seria fragilizada diante da simples dispensa da vistoria prévia nos imóveis de até quatro módulos fiscais, se apenas essa medida fosse eleita para a verificação do cumprimento dos requisitos legais para a titulação do domínio ou concessão de direito real de uso.

Um exame mais aprofundado da questão posta desautorizaria simples conclusão pela retirada da norma do ordenamento jurídico.

O Tribunal conjugou os interesses sensíveis que o problema da dispensa da vistoria prévia colocou. A ausência do laudo de vistoria assumiu maior gravidade após a Lei 13.465/2017, que modificou vários dispositivos da Lei 11.952/2009. Com efeito, se antes a União ancorava-se também na realização de vistoria final para a concessão definitiva do título de domínio ou do termo de concessão de uso, agora, a nova redação conferida ao art. 16 não mais previa referida exigência, comprovando-se o cumprimento das cláusulas resolutivas pela juntada de documentação pertinente. Ou seja, os imóveis de até quatro módulos fiscais, via de regra, não passariam por qualquer vistoria no processo de regularização fundiária.

O reconhecimento de sua inconstitucionalidade, contudo, não podia levar ao comprometimento dos propósitos dessa legislação. Foi necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre a eficiência na fiscalização dessas pequenas propriedades a serem regularizadas e a proteção do meio ambiente amazônico, de forma a assegurar a real



possibilidade de melhoria na qualidade de vida das pessoas que retiravam da floresta seu sustento e que colaboravam para a manutenção do desenvolvimento sustentável da região.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que acompanhou o relator quanto ao conhecimento da ação, mas, na parte conhecida, considerou-a improcedente. Vencido, em parte, o ministro Alexandre de Moraes, com relação ao que decidido sobre o art. 13, ao entender pela presunção “iuris tantum” da boa-fé da declaração do ocupante do imóvel, no que foi acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes.

(1) Lei 11.952/2009: “Art. 4o Não serão passíveis de alienação ou concessão de direito real de uso, nos termos desta Lei, as ocupações que recaiam sobre áreas: (...) § 2o As terras ocupadas por comunidades quilombolas ou tradicionais que façam uso coletivo da área serão regularizadas de acordo com as normas específicas, aplicando-se-lhes, no que couber, os dispositivos desta Lei.”

(2) Lei 11.952/2009: “Art. 13. Os requisitos para a regularização fundiária dos imóveis de até 4 (quatro) módulos fiscais serão averiguados por meio de declaração do ocupante, sujeita a responsabilização nas esferas penal, administrativa e civil, dispensada a vistoria prévia. Parágrafo único. É facultado ao Ministério do Desenvolvimento Agrário ou, se for o caso, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão determinar a realização de vistoria de fiscalização do imóvel rural na hipótese prevista no caput deste artigo.”

(3) CF/1988: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.”

(4) CF/1988: “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...) II - os modos de criar, fazer e viver;”



(5) ADCT: “Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”

ADI 4269/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 18.10.2017. (ADI-4269)

### 1.3 CNJ e anulação de concurso público:

A Segunda Turma, por maioria, concedeu a ordem em mandados de segurança para cassar ato do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, nos autos de processo de controle administrativo, determinou a anulação de concurso público para admissão nas serventias extrajudiciais no Estado do Rio de Janeiro.

No caso, a anulação se deu em razão da incompatibilidade com os princípios da moralidade e da impessoalidade, caracterizada pela existência de relacionamento pessoal entre o presidente da comissão do concurso e duas candidatas aprovadas. O CNJ também assentou a parcialidade da comissão examinadora ao entender que houve favorecimento das candidatas na correção das questões das provas.

A Turma pontuou que o CNJ, na sua competência de controle administrativo, não pode substituir-se ao examinador, seja nos concursos para o provimento de cargos em cartórios, seja em outros concursos para provimento de cargos de juízes ou de servidores do Poder Judiciário.

As duas candidatas não puderam se manifestar após o aditamento do requerimento inicial no âmbito do CNJ, situação que ampliou substancialmente o objeto da apuração ao acrescentar novas causas de pedir que, ao final, constituíram-se os fundamentos únicos do ato combatido. Nesse contexto, o Colegiado destacou a ocorrência de violação da garantia do devido processo legal, tendo em vista a ausência de nova notificação dos interessados para que se manifestassem sobre os novos fundamentos.

Também não é possível afirmar a existência de irregularidade ou favorecimento a ensejar a medida extrema adotada pelo CNJ, uma vez que o conselho entendeu haver “fortes indicações de parcialidade”, sem, contudo, demonstrar as “evidências de favorecimento” que justificaram anulação de todo o concurso.



Vencido o Ministro Dias Toffoli, que concedeu parcialmente a ordem, somente para deconstituir a deliberação do CNJ de anulação de todo o concurso, mantendo o ato no tocante à parte relativa às candidatas que possuíam relacionamento pessoal com o presidente da comissão do concurso.

Entendeu que o contraditório e a ampla defesa foram assegurados com a notificação inicial a todos os interessados, o que lhes possibilitou, inclusive, o acompanhamento do feito e mesmo, se assim desejassem (como de fato foi feito por parte dos candidatos) a apresentação voluntária de suas conclusões quanto às questões surgidas no curso do procedimento.

No que concerne, à anulação de todo o concurso público, com impacto aos demais candidatos, destacou que não se pode partir, apenas, de presunções incidentes sobre ato de nítido caráter subjetivo (correção de provas discursivas) para concluir pelo favorecimento de candidatos sem que haja indícios outros a corroborar a conclusão. Admitir-se o contrário seria transformar as etapas dotadas de algum nível de subjetividade em concursos públicos em fases de incerteza, sujeitas a constantes anulações, com nítido prejuízo à segurança jurídica que deve pautar tal espécie de certame.

MS 28775/DF, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17.10.2017. (MS-28775)

MS 28777/DF, rel. Min. Dias Toffoli, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17.10.2017. (MS-28777)

MS 28797/DF, rel. Min. Dias Toffoli, red. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17.10.2017. (MS-28797)

1.4 Concurso público. Candidato aprovado fora do número de vagas. Desistência de candidatos melhor classificados. Impetrante que passa a figurar no número de vagas previstas no edital. Direito à nomeação. Existência. Segurança concedida:

A desistência de candidatos melhor classificados em concurso público convola a mera expectativa em direito líquido e certo, garantindo a nomeação dos candidatos que passarem a constar dentro do número de vagas previstas no edital.

Inicialmente, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE n. 837.311/PI), fixou orientação no sentido de que



o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Por outro lado, em relação àqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 598.099/MS, também submetido à sistemática da repercussão geral, fixou orientação no sentido haver direito à nomeação. Após o julgamento do referido recurso extraordinário, a Corte Suprema, ao aplicar a tese aos casos concretos, firmou o entendimento de que havendo desistência de candidatos melhor classificados, fazendo com que os seguintes passem a constar dentro do número de vagas, a expectativa de direito se convola em direito líquido e certo, garantindo, assim, o direito à vaga disputada. Conclui-se, dessa forma, o alinhamento desta Corte Superior às balizas definidas pelo STF no já mencionado RE n. 598.099/MS, em que "para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível". Na hipótese, vale destacar que o ente da federação não se desincumbiu de comprovar nenhum desses aspectos, razão pela qual a vedação prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal não deve ser aplicada ao caso em exame.

RMS 53.506-DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, por unanimidade, julgado em 26/09/2017, DJe 29/09/2017

## 2. DIREITO CIVIL

### 2.1 Ação de compensação por danos morais. Prisão efetuada por policial fora do exercício das funções. Ofensa à liberdade pessoal. Dano configurado:

A privação da liberdade por policial fora do exercício de suas funções e com reconhecido excesso na conduta caracteriza dano moral *in re ipsa*.

O contexto delineado pelo Tribunal de origem revela que, ao largo do debate acerca da prática de eventual crime de desacato, houve uma atuação arbitrária por policial ao algemar pessoa idosa, no interior do condomínio onde moram, em meio a uma discussão, o que lhe causou severas lesões corporais, caracterizando-se, assim, a ofensa a sua liberdade pessoal e, conseqüentemente, a sua dignidade. Com efeito, por se tratar de medida extremamente gravosa, a prisão, quando não decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, é autorizada pelo Estado no flagrante delito ou em hipóteses excepcionais, mediante ordem escrita e fundamentada do juiz, na qual fiquem demonstradas a sua necessidade e a adequação às circunstâncias que a justificam. Nesse sentido, o respeito pela condição fundamental de liberdade é consectário natural do postulado da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constitui, segundo a doutrina, verdadeira “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento”. Não por outro motivo, a ordem jurídica brasileira qualifica a prisão ilegal como crime, e, na esfera cível, como ato ofensivo à liberdade pessoal (art. 954, parágrafo único, II, do CC/02). Sob essa ótica, porque constitui grave violação da integridade física e psíquica do indivíduo, e, portanto, ofensa a sua dignidade enquanto ser humano, a privação indevida da liberdade, sobretudo por preposto do Estado e fora do exercício das funções, caracteriza dano moral *in re ipsa*.

REsp 1.675.015-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 12/9/2017, DJe 14/9/2017.



### 3. DIREITO PENAL

#### 3.1 Atentado violento ao pudor e regime inicial semiaberto:

A Segunda Turma, em conclusão de julgamento, negou provimento a recurso ordinário em “habeas corpus” em que se pretendia a absolvição do recorrente pela prática de atentado violento ao pudor, em razão de suposta insuficiência probatória.

A defesa alegou que a condenação estaria lastreada em elementos produzidos na fase inquisitorial. Além disso, argumentou que a recusa do recorrente em fornecer material para realização de exame de DNA teria sido valorada na condenação, sendo cediço que o réu não é obrigado a produzir prova que lhe prejudique.

A Turma assinalou que a condenação não se baseou exclusivamente nos elementos de informação do inquérito, bem assim que, abstraída a presunção de inocência do recorrente em razão da falta de exame de DNA, subsistiria prova suficiente para lastrear a condenação.

Por fim, o Colegiado, por maioria, concedeu a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento de pena.

A respeito, afirmou que, de acordo com a jurisprudência da Corte, caso favoráveis todas as circunstâncias judiciais, de modo que a pena-base seja fixada no mínimo legal, não cabe a imposição de regime inicial mais gravoso.

Vencido, no ponto, o ministro Edson Fachin, que não concedeu a ordem de ofício, considerada a gravidade concreta do delito.

RHC 131133/SP, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 10.10.2017. (RHC-131133)



#### 4. DIREITO DO CONSUMIDOR

4.1 Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Atraso da obra. Cláusula de tolerância. Validade. Previsão legal. Peculiaridades da construção civil. Atenuação de riscos. Benefício aos contratantes:

Não é abusiva a cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção que prevê prorrogação do prazo inicial para a entrega da obra pelo lapso máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

No contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, além do período previsto para o término do empreendimento, há, comumente, cláusula de prorrogação excepcional do prazo de entrega da unidade ou de conclusão da obra, que varia entre 90 (noventa) e 180 (cento e oitenta) dias: a conhecida cláusula de tolerância. É certo que a esses contratos de incorporação imobiliária, embora regidos pelos princípios e normas que lhes são próprios (Lei n. 4.591/1964), também se aplica subsidiariamente a legislação consumerista sempre que a unidade imobiliária for destinada a uso próprio do adquirente ou de sua família. De qualquer modo, apesar de o Código de Defesa do Consumidor incidir na dinâmica dos negócios imobiliários em geral, não há como ser reputada abusiva a cláusula de tolerância. Isso porque existem no mercado diversos fatores de imprevisibilidade que podem afetar negativamente a construção de edificações e onerar excessivamente seus atores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemplos. Assim, a complexidade do negócio justifica a adoção no instrumento contratual, desde que razoáveis, de condições e formas de eventual prorrogação do prazo de entrega da obra, o qual foi, na realidade, apenas estimado, tanto que a própria lei de regência disciplinou tal questão, conforme previsão do art. 48, § 2º, da Lei n. 4.591/1964. Logo, observa-se que a cláusula de tolerância para atraso de obra possui amparo legal, não constituindo abuso de direito (art. 187 do CC). Por outro lado, não se verifica também, para fins de mora contratual, nenhuma desvantagem exagerada em desfavor do consumidor, o que comprometeria o princípio da equivalência das prestações estabelecidas. Tal disposição contratual concorre para a diminuição do preço final da unidade habitacional a ser suportada pelo adquirente, pois ameniza o risco da atividade advindo da dificuldade de se fixar data certa



para o término de obra de grande magnitude sujeita a diversos obstáculos e situações imprevisíveis. Por seu turno, no tocante ao tempo de prorrogação, deve ser reputada razoável a cláusula que prevê no máximo o lapso de 180 (cento e oitenta) dias, visto que, por analogia, é o prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei n. 4.591/1964 e 12 da Lei n. 4.864/1965) e é o prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, § 2º, do CDC). Assim, a cláusula de tolerância que estipular prazo de prorrogação superior a 180 (cento e oitenta) dias será considerada abusiva, devendo ser desconsiderados os dias excedentes para fins de não responsabilização do incorporador.

REsp 1.582.318-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 12/9/2017, DJe 21/9/2017

#### 4.2 Plano de saúde. Transtorno mental. Depressão. Tratamento psicoterápico. Limitação do número de consultas. Abusividade:

Há abusividade na cláusula contratual ou em ato da operadora de plano de saúde que importe em limitação/interrupção de tratamento psicoterápico por esgotamento do número de sessões anuais asseguradas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, devendo as consultas excedentes ser custeadas em regime de coparticipação.

Inicialmente, cumpre salientar que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) fixa periodicamente diretrizes de atenção à saúde bem como atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para a cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde. Para os atendimentos realizados em consultório ou em ambulatório, o art. 21, inciso IV da Resolução Normativa (RN) n. 338/2013 da ANS, dispôs sobre a cobertura de psicoterapia, limitada, entretanto, ao número de sessões estabelecido em um de seus anexos. Por seu turno, o Anexo II da referida resolução estabeleceu diferentes quantidades de sessões ou de consultas obrigatórias mínimas a serem custeadas pelo plano de saúde conforme o grau de severidade do transtorno mental. Posteriormente, com a superveniência da RN n. 387/2015, algumas coberturas mínimas foram ampliadas, como as sessões de psicoterapia que passaram de 12 (doze) por ano de contrato para 18 (dezoito). Ocorre que os tratamentos psicoterápicos são contínuos e de longa duração, de modo que um



número tão exíguo de sessões anuais não é capaz de remediar a maioria dos distúrbios mentais. Dessa forma, a restrição severa de cobertura poderá provocar a interrupção da própria terapia, o que comprometerá o restabelecimento da higidez mental do usuário, a contrariar não só princípios consumeristas (art. 51, IV, da Lei n. 8.078/1990), mas também os de atenção integral à saúde na Saúde Suplementar (art. 3º da RN n. 338/2013, hoje art. 4º da RN n. 387/2015). Ademais, em conformidade com entendimento firmado por esta Corte Superior, é de rigor que o médico ou profissional habilitado – e não o plano de saúde – tenha autonomia para aferir o período de atendimento adequado segundo as necessidades de cada paciente, de forma que a operadora não pode limitar o número de sessões recomendadas para o tratamento integral de determinado transtorno mental. Assim, será abusiva qualquer cláusula contratual ou ato da operadora de plano de saúde que importe em interrupção de tratamento psicoterápico por esgotamento do número de sessões anuais asseguradas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS. Logo, o número de consultas/sessões anuais de psicoterapia fixado pela ANS deve ser considerado apenas como cobertura obrigatória mínima a ser custeada plenamente pela operadora de plano de saúde; mas, para não haver o esvaziamento do tratamento da enfermidade mental, a quantidade que ultrapassar tais balizas deverá ser suportada tanto pela operadora quanto pelo usuário, em regime de coparticipação, aplicando-se, por analogia, o que ocorre nas hipóteses de internação em clínica psiquiátrica. A estipulação de coparticipação nessas situações se revela necessária, porquanto, por um lado, impede a concessão de consultas indiscriminadas ou o prolongamento em demasia de tratamentos e, por outro, restabelece o equilíbrio contratual (art. 51, § 2º, do CDC), visto que as sessões acima do limite mínimo estipulado pela ANS não foram consideradas no cálculo atuarial do fundo mútuo do plano, o que evita a onerosidade excessiva para ambas as partes. REsp 1.679.190-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017.

#### 4.3 Ação coletiva. Direitos individuais homogêneos. Remessa necessária. Não cabimento:

Não se admite o cabimento da remessa necessária, tal como prevista no art. 19 da Lei n. 4.717/65, nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos.



A questão controvertida se refere à aplicabilidade da remessa necessária em ação civil pública ajuizada com o objetivo de tutelar direitos individuais homogêneos de consumidores aderentes a determinados planos coletivos de seguro de vida. No que se refere à ação civil pública, a controvérsia surge em razão de a Lei n. 7.347/85 não haver previsto dispositivo que verse sobre a necessidade de reexame por Tribunal, apesar das similitudes entre os direitos e interesses tutelados por meio desse instrumento e da ação popular, que prevê esse instituto no art. 19 da Lei n. 4.717/65. Assim, buscando norma de integração dentro do microsistema processual da tutela coletiva, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser aplicável o reexame necessário nas hipóteses de ação civil pública, independentemente da presença de pessoa de direito público no polo passivo. No entanto, cumpre estabelecer se o mesmo entendimento deve ser aplicável às ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos. Nesse ponto, importante consignar que os direitos transindividuais e individuais homogêneos são distintos inclusive em razão de expressa disposição legal, nos termos do art. 81, parágrafo único, I e II, do CDC. Cuidando-se de situações heterogêneas, portanto, há de se questionar a possibilidade de empregar as mesmas consequências jurídicas. Para se obter essa resposta, importante consignar que para se valer do raciocínio analógico, não basta que haja semelhança entre as duas hipóteses. É necessário, ainda, que as semelhanças ocorram em características das situações que constituam a causa para que a mesma solução seja concedida à hipótese não regulamentada. As razões que fundamentaram o raciocínio analógico para a aplicação do art. 19 da Lei da Ação Popular a hipóteses de ação civil pública (Lei n. 7.347/85) - sua transindividualidade e sua relevância para a coletividade como um todo - não são observadas em litígios que versem exclusivamente sobre direitos individuais homogêneos, os quais são apenas acidentalmente coletivos. Isso porque a coletivização dos direitos individuais homogêneos tem um sentido meramente instrumental, com a finalidade de permitir uma tutela mais efetiva em juízo, carecendo de uma razão essencial ou ontológica para essa classificação.

REsp 1.374.232-ES, Rel. Min. Nancy Andrigli, por unanimidade, julgado em 26/09/2017, DJE 02/10/2017.



4.4 Prestações de mútuo firmado com instituição financeira. Desconto em conta-corrente e desconto em folha. Hipóteses distintas. Aplicação, por analogia, da limitação legal ao empréstimo consignado ao mero desconto em conta-corrente, superveniente ao recebimento da remuneração. Inviabilidade. Dirigismo contratual sem supedâneo legal. Impossibilidade:

A limitação de desconto ao empréstimo consignado, em percentual estabelecido pelos arts. 45 da Lei n. 8.112/1990 e 1º da Lei n. 10.820/2003, não se aplica aos contratos de mútuo bancário em que o cliente autoriza o débito das prestações em conta-corrente.

A principal questão controvertida consiste em saber se a instituição financeira pode aplicar, por analogia, a limitação de desconto utilizada nas hipóteses de crédito consignado em folha para os contratos de mútuo em que o cliente autoriza o débito das prestações em conta-corrente. Inicialmente, constata-se que a jurisprudência do STJ sobre o tema é dispersa, na medida em que há julgados desta Corte que se valem da analogia para limitar o desconto em conta-corrente da remuneração ou proventos do devedor aos mesmos limites legais impostos às consignações em folha de pagamento. Todavia, não parece razoável e isonômico, a par de não ter nenhum supedâneo legal, aplicar essa limitação, de maneira arbitrária, a contrato específico de mútuo livremente pactuado. Em que pese haver precedentes a perfilhar o entendimento de que a limitação é adotada como medida para solucionar o superendividamento, a bem da verdade, opera no sentido oposto, tendo o condão de eternizar a obrigação, visto que virtualmente leva à denominada amortização negativa do débito, resultando em aumento mês a mês do saldo devedor. É conveniente salientar que a norma que fixa a limitação do desconto em folha é salutar, possibilitando ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao financiador - desde que preservado o mínimo existencial - em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. A aplicação dessa limitação aos descontos em conta corrente significa restrição à autonomia privada, pois, com exceção do desconto forçoso em folha, não é recomendável estabelecer limitação percentual às prestações contratuais estendendo indevidamente regra legal que não se subsume ao caso, sob pena de dificultar o tráfego negocial e resultar em imposição de restrição a bens e serviços, justamente em prejuízo dos que têm menor renda. Sem mencionar ainda a possível



elevação das taxas para aqueles que não conseguem demonstrar renda compatível com o empréstimo pretendido. Além disso, é desarrazoado que apenas o banco não possa lançar mão de procedimentos legítimos para satisfação de seu crédito e que, eventualmente, em casos de inadimplência, seja privado, em contraposição aos demais credores, do acesso à justiça, para arresto ou penhora de bens do devedor.

REsp 1.586.910-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por maioria, julgado em 29/08/2017, DJe 03/10/2017.

