



---

**Quarta Turma**



---

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.520.454-RS  
(2014/0001882-3)**

---

Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do  
TRF 5ª Região)

Agravante: H H M G

Agravante: S R R R

Agravante: D R R

Advogado: Juarez Giacobbo de Souza e outro(s) - RS070552

Agravado: M R - Sucessão

Agravado: V R B

Agravado: S G - Sucessão

Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M

Interes.: S C G

Interes.: P G

Interes.: J R R

Interes.: P A R R

Interes.: L M G

---

**EMENTA**

Agravo interno no recurso especial. Ação declaratória. Reconhecimento de filiação socioafetiva. Adoção póstuma. Possibilidade jurídica do pedido. Inequívoca manifestação de vontade do adotante falecido. Agravo interno provido para dar provimento ao recurso especial.

1. Em que pese o art. 42, § 6º, do ECA estabelecer ser possível a adoção ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento de adoção, a jurisprudência evoluiu progressivamente para, em situações excepcionais, reconhecer a possibilidade jurídica do pedido de adoção póstuma, quando, embora não tenha ajuizado a ação em vida, ficar demonstrado, de forma inequívoca, que, diante de longa relação de afetividade, o falecido pretendia realizar o procedimento.

2. Segundo os precedentes desta Corte, a comprovação da inequívoca vontade do falecido em adotar segue as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. Nesse sentido: REsp 1.663.137/MG, Rel. Ministra *Nancy Andriighi*, Terceira Turma, julgado em 15.08.2017, DJe de 22.08.2017; REsp 1.500.999/RJ, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, Terceira Turma, julgado em 12.04.2016, DJe de 19.04.2016.

3. A posse do estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, foi atestada pelo Tribunal de origem diante das inúmeras fotos de família e eventos sociais, boletins escolares, convites de formatura e casamento, além da robusta prova testemunhal, cujos relatos foram uníssonos em demonstrar que os adotandos eram reconhecidos como filhos, tanto no tratamento como no sobrenome que ostentavam, e assim eram apresentados ao meio social.

4. Afastada a impossibilidade jurídica do pedido, na situação concreta o pedido de adoção *post mortem* deve ser apreciado, mesmo na ausência de expreso início de formalização do processo em vida, já que é possível extrair dos autos, dentro do contexto de uma sólida relação socioafetiva construída, que a real intenção do *de cuius* era assumir os adotandos como filhos.

5. Agravo interno provido para dar provimento ao recurso especial.

## ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 22 de março de 2018 (data do julgamento).

Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Relator

---

DJe 16.4.2018

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): Trata-se de agravo interno interposto por H. H. M. G. e *Outros* contra decisão que negou provimento ao recurso especial dos agravantes, com os seguintes fundamentos: *a)* é possível, em situações excepcionais, a adoção póstuma, antes mesmo de iniciado o processo de adoção, desde que comprovada a existência de inequívoca declaração da intenção de adotar; *b)* a reforma do acórdão recorrido, quanto à ausência de prova inequívoca da intenção de adotar e à natureza do vínculo como de mera guarda fática, demandaria o reexame do substrato fático-probatório dos autos, o que é vedado no recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ; *c)* a divergência jurisprudencial não foi demonstrada, por falta de similitude fática entre os casos confrontados.

Em suas razões, os agravantes sustentam que “ocorreu uma análise prejudicada da decisão recorrida e dos fundamentos postos no recurso especial, pois a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou o pedido dos autores *juridicamente impossível* por ausência de previsão legal para tanto, ou seja, entendeu que não seria possível ao Judiciário apreciar pedido de reconhecimento de paternidade sócio-afetiva pós-morte por inexistir previsão legal que autorizasse, o que afronta diretamente a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, não necessitando de reexame do conjunto fático-probatório” (e-STJ, fl. 1.014).

Complementam que “não se trata, portanto, de reexame de provas, pois o reconhecimento se deu pelo Tribunal Julgador no voto que julgou improcedente a demanda por *impossibilidade jurídica do pedido*. A decisão deixou de analisar o reconhecimento de filiação socioafetiva por entender que era juridicamente impossível. Assim, o acórdão recorrido entendeu não ter condições jurídicas para acolher o pedido por ausência de norma específica, mas, em contrapartida, reconhece que o vínculo existente entre recorrentes e falecido era próprio de um pai” (e-STJ, fl. 1.017).

Não foi aberta vista para impugnação do agravo interno, uma vez que a parte agravada está sem representação nos autos (e-STJ, fl. 1.023).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) (Relator): Melhor compulsando os autos, revelam-se plausíveis

as alegações recursais quanto à inaplicabilidade da Súmula 7 do STJ ao caso dos autos. Com efeito, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou a pretensão sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido de investigação de paternidade socioafetiva contra pai falecido ou adoção póstuma, sem que o falecido tivesse, em vida, iniciado processo de adoção, mas, em contrapartida, reconheceu a existência do vínculo de filiação socioafetiva entre os recorrentes e o falecido.

H. H. M. G., D. R. R. e S. R. R. R. ajuizaram ação declaratória, visando o reconhecimento de filiação socioafetiva de D. R. R. e S. R. R. R. com relação à primeira requerente e ao falecido S. G., alegando que: o segundo e terceiro autores são irmãos biológicos entre si e foram informalmente adotados, respectivamente, nos anos de 1971 e 1979; sempre foram considerados no meio social em que vivem como filhos da requerente H. H. M. G. e do falecido S. G., motivo pelo qual deve ser reconhecida a filiação socioafetiva para que surta todos os efeitos legais a partir da sucessão *causa mortis* de S. G.

O pedido foi julgado parcialmente procedente para: a) por impossibilidade jurídica do pedido, julgar extinto o feito com relação a S. G.; b) decretar a adoção de D. R. R. e S. R. R. R. em relação a H. H. M. G.

Seguiu-se apelação dos autores, a que o Tribunal de origem, por maioria, afastou a impossibilidade jurídica do pedido com relação ao falecido e deu provimento ao apelo para julgar procedente o pedido, declarando S. G. pai dos autores D. R. R. e S. R. R. R.

Colhem-se do voto vencedor da apelação os seguintes excertos: “inúmeras são as fotografias acostadas aos autos”; “tais registros ilustram, de forma contundente e decisiva, o crescimento de D. e S. na família construída por H. e S.”; “não de forma paralela, como se estivessem sendo amparados apenas materialmente, mas como seus membros natos”; “as fotos de fls. 23/39 evidenciam que, desde pequenos, os autores conviviam na companhia de H., de S. e de L.”; “todos aparecem reunidos em momentos variados (...), em passeios e em eventos sociais”; “chama atenção, de forma verdadeiramente significativa, o fato de S. G. a ter conduzido na igreja ao altar, ocupando a legítima posição de pai da noiva”, além de constar do convite de casamento de S. “a expressiva proclamação de que S. G. e H. H. M. G. convidam para a cerimônia religiosa do casamento de sua *filha* S. com o senhor (...), não deixando margem para dúvidas sobre a relação paternal entretida”; “em que pese cinco das seis testemunhas tenham sido ouvidas como informantes, em razão da proximidade havida com

os autores, todos foram uníssonas em dizer que acreditavam que D. e S. eram filhos adotivos de S. e H”; “avulta da análise do caderno probatório a veracidade da tese exordial, portanto, seja dentre os demais membros da família, seja ante a comunidade escolar, seja perante a sociedade da qual participava o casal, S. e H. assumiram a postura de pai e mãe dos irmãos demandantes, com atitudes de elevada significação”; “durante todo o tempo em que conviveram, dúvida não há de que S. fez questão de tratá-los como filhos, dando o mesmo amor e as mesmas condições de crescimento para Sivilho, Paulo, Luciano, D. e S., indistintamente”; “os documentos e depoimentos constantes dos autos, represso, evidenciam cabalmente que S. e D. eram reconhecidos pelo sobrenome do pai” (e-STJ, fls. 736/740).

Sobrevieram embargos infringentes opostos por S. C. G. e P. G., filhos do primeiro casamento de S. G., os quais foram acolhidos, por maioria, para manter a extinção do feito, com relação a S. G., por impossibilidade jurídica do pedido.

Ao reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido de adoção póstuma, o acórdão recorrido destoou do entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, o art. 42, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece ser possível a adoção ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento de adoção.

No entanto, a jurisprudência evoluiu progressivamente para, em situações excepcionais, reconhecer a possibilidade jurídica do pedido de adoção póstuma, quando, embora não tenha ajuizado a ação em vida, ficar demonstrado, de forma inequívoca, que diante da longa relação de afetividade, o falecido pretendia realizar o procedimento.

A propósito, confirmam-se:

*Direito Civil e Processual Civil. Adoção póstuma. Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Inexistência. Laço de afetividade em vida. Demonstração cabal.* 1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.663.137/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.08.2017, DJe de 22.08.2017)

Recurso especial. Direito de Família. Guarda. Arts. 33, § 2º, e 35 do ECA. Instituto autônomo. Assistência devida. Adoção *post mortem*. Inequívoca vontade. Inexistência. Requisitos. Súmula n. 7/STJ.

1. A guarda é considerada a modalidade mais simples de colocação da criança em família substituta, podendo atender a situações peculiares, temporárias ou mesmo suprir a falta eventual dos pais ou do responsável, o que não se confunde, necessariamente, com uma medida de preparação para futura adoção.

2. Há uma escala ascendente de intensidade na colocação em família substituta em relação à guarda, à tutela e à adoção, institutos específicos para tratar de situações diversas.

3. O bom exercício do munus assumido em decorrência da guarda de uma criança, devidamente assistida material, moral e educacionalmente, não se confunde com a assunção da plena filiação, objeto de procedimento próprio de adoção, sob pena de não se justificar a existência do instituto autônomo.

4. É possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal para tanto, desde que presente a inequívoca vontade para tanto.

5. Rever as conclusões do Tribunal de origem que afastou os requisitos para a configuração da adoção por ausência do vínculo de filiação encontra óbice formal no teor da Súmula n. 7/STJ.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.593.656/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 09.08.2016, DJe de 16.08.2016)

Recurso especial. Direito de Família. Processual Civil. Adoção póstuma. Socioafetividade. Art. 1.593 do Código Civil. Possibilidade. Art. 42, § 6º, do ECA. Interpretação extensiva. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Magistrado como destinatário das provas. Cerceamento de defesa. Inexistência.

1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”.

2. A comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, prevista no art. 42, § 6º, do ECA, deve observar, segundo a jurisprudência desta Corte, as

mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos.

4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias.

5. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.500.999/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12.04.2016, DJe de 19.04.2016)

Direito Civil e Processual Civil. Adoção póstuma. Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Laço de afetividade. Demonstração. Vedado revolvimento de fatos e provas.

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação do propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço afetividade a envolver o adotado e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.326.728/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.08.2013, DJe de 27.02.2014)

*Adoção póstuma. Prova inequívoca.*

- O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção.

- Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido pré-morto a adoção de menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida.

- Interpretação extensiva do art. 42, § 5º, do ECA.

- Recurso conhecido e provido.

(REsp 457.635/PB, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 19.11.2002, DJ de 17.03.2003, p. 238)

Como visto, os precedentes acima orientam que a identificação da inequívoca vontade do falecido em adotar segue as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

Assim, a adoção póstuma se estabelece diante do reconhecimento da paternidade socioafetiva como realidade social e em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e sua condição social, com preponderância da verdade dos fatos sobre os aspectos da formalização da adoção.

Na hipótese, superada a impossibilidade jurídica do pedido pela circunstância de o falecido S. G. não ter proposto a ação de adoção em vida, exsurge nítida dos autos a construção de um sólido relacionamento socioafetivo com os adotandos, os quais foram criados pelo casal H. H. M. G. e S. G. desde os três anos de idade e nunca tiveram contato com os pais biológicos.

A posse do estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, foi atestada pelo Tribunal de origem diante das inúmeras fotos de família e eventos sociais, boletins escolares, convites de formatura e casamento, além da robusta prova testemunhal, cujos depoimentos, mesmo na qualidade de informantes, foram uníssonos no relato de que os adotandos eram reconhecidos como filhos, tanto no tratamento como no sobrenome que ostentavam, e assim eram apresentados ao meio social.

Os elementos dos autos são concretos e robustos para a comprovação da filiação socioafetiva, distinguindo o caso, sobremaneira, de outras situações de guarda fática como mero auxílio econômico.

Nessa linha, o pedido de adoção *post mortem* deve ser apreciado, mesmo na ausência de expresso início de formalização do processo em vida, já que, no caso concreto, é possível extrair dos autos, dentro do contexto de uma sólida relação socioafetiva construída, que a real intenção do *de cuius* era assumir os adotandos como filhos.

Diante desse cenário, o não reconhecimento da adoção póstuma representaria evidente contrassenso à realidade familiar e social, devendo-se oportunizar a plena consolidação dos vínculos que se estabeleceram concreta e publicamente.

Assim, estando comprovado que D. R. R. e S. R. R. R. receberam de S. G. tratamento idêntico ao de filhos naturais, manifestado não apenas na manutenção material, mas também na plena inserção deles no núcleo familiar biológico, deve-se ter como suprida a inequívoca manifestação de vontade do *de cuius* de adotá-los como filhos.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo interno para dar provimento ao recurso especial, a fim de, afastada a impossibilidade jurídica do pedido, reconhecer a adoção de D. R. R. e S. R. R. R. também por S. G.

É como voto.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, tenho reservas e muita preocupação com a tese de que basta ser a provada a criação por determinada pessoa ou casal para que, depois da morte do pretense adotante, não tendo havido manifestação expressa em vida de adoção, seja judicialmente deferida a adoção póstuma por parte de quem, podendo ter adotado, não adotou.

No caso ora em julgamento, há peculiaridades que justificam a conclusão do voto do eminente Relator, com o excepcionalíssimo deferimento da adoção póstuma.

Penso que não é meramente a posse do estado do filho que vai autorizar a procedência de um pedido de adoção *post mortem*, porque, em muitas circunstâncias, existe a criação de uma criança, por caridade ou outras conjunturas da vida, mas não a intenção de adotar.

Interpretação muito ampliada dessa construção jurisprudencial, concebida apenas para situações excepcionalíssimas, poderia conduzir até a dificuldade de

uma família incorporar uma criança e ajudar na sua criação, sendo que a sua intenção seria uma benemerência e não um ato positivo de adoção.

Mas, este caso aqui, parece-me, tem as peculiaridades excepcionalíssimas que justificam, ao meu ver, a procedência do pedido. O que aconteceu – e não há controvérsia a respeito de matéria de fato, por isso penso que não é necessário o retorno dos autos para instrução – foi que um casal – o companheiro, separado antes da lei do divórcio, já tinha dois filhos do primeiro casamento – vivia em união estável, sendo a companheira estéril.

Dois menores foram incorporados ao seio da família, sem adoção formal.

Faleceu o companheiro, décadas após.

A presente ação foi proposta pela companheira sobrevivente em litisconsórcio ativo com os menores acolhidos, já então maiores.

O falecido vivia em união estável com a autora dessa ação. Ele, antes da lei de divórcio, não podia se casar, porque era formalmente casado, embora separado de fato. Ele vivia com essa senhora, tinha dois filhos do primeiro casamento e eles, segundo consta aqui, e não é fato controvertido, fizeram a adoção à brasileira de um menor que foi registrado em nome do casal. Portanto, considerado filho.

Além disso, eles criaram, desde a mais tenra idade, duas crianças entregues por uma instituição de caridade, crianças essas que nunca tiveram vínculo com os pais biológicos e foram criadas pelo casal. Explica-se que elas não tenham sido adotadas formalmente, porque, na época em que as crianças passaram a viver com o casal, havia obstáculo legal a uma pessoa formalmente casada antes da lei de divórcio adotar juntamente com a companheira.

Então, havia um motivo que originalmente fez com que eles não fossem adotados à brasileira, assim como o Luciano, que é um dos considerados filhos, porque adotado à brasileira. A sentença de primeira instância negou o pedido, porque entendeu que, já que ele adotou à brasileira uma criança, ele poderia ter adotado à brasileira os outros dois, mas há essa explicação de que, como esses dois já estavam registrados, teria que haver um processo formal de adoção, que era legalmente interdito ao separado em conjunto com a companheira, mas não impedia a adoção à brasileira do menor que não tinha registro algum.

É incontroverso, portanto, que eles tinham estado de filho, eram criados como se fossem filhos, apresentavam-se perante à sociedade como se fossem filhos, em igualdade de condições com aquele que foi adotado à brasileira. E,

diante do falecimento do pai, do companheiro dessa senhora, essa ação de adoção *post mortem* foi ajuizada em litisconsórcio com a companheira, que também formula pedido de adoção. Penso que há demonstração inequívoca de que se pretendia adotar. A adoção foi deferida na sentença só em nome da companheira, não em nome do falecido, considerando que não houve iniciativa do falecido, mas há a concordância inclusive desse filho adotado à brasileira e de um dos filhos do primeiro casamento. O único que diverge não contesta os fatos de que esses dois menores foram criados de fato como se filhos fossem por ambos.

É por isso que, neste caso, entendo que a prova é particularmente relevante a indicar que, de fato, havia um obstáculo, no início da relação do casal, quando da introdução das crianças na família, para adoção. Como ela era estéril e como adotou um dos menores à brasileira e criou esses outros dois juntamente com esse, realmente a solução mais em conformidade com os fatos ocorridos e a Justiça é considerar que deve ser deferida essa adoção, mas apenas em razão dessas peculiaríssimas circunstâncias.

Não penso possa ser deferida uma adoção *post mortem* com a mesma elasticidade que a jurisprudência vem deferindo à paternidade socioafetiva, até porque, quando se julgam casos de paternidade socioafetiva, pode-se ouvir o indicado a pai e o indicado a filho e se apurar realmente como é essa relação. No caso de uma adoção *post mortem*, sempre fica a dificuldade de que não se pode trazer a juízo o morto e, por outro lado, fica sempre essa perplexidade: se ele pretendia adotar, por que não adotou?

Neste caso, é indicado um motivo pelo qual ele não teria adotado e há a palavra da viúva, a quem também foi deferida a adoção pela sentença e pelo acórdão. A divergência ficou apenas quanto a deferir a adoção em relação a ambos, ao falecido e à sua mulher, ou só à sua mulher, como decidiu a sentença e o voto vencido no julgamento da apelação. O voto vencido ficou nessa questão do obstáculo da impossibilidade jurídica, mas não houve da parte do voto vencido nenhuma divergência quanto às circunstâncias de fato.

Acompanho, portanto, o voto do Ministro Lázaro Guimarães, mas deixando bem clara essa minha preocupação de que a adoção *post mortem* somente deve ser deferida em situação muito excepcional, ainda mais estrita do que a análise dos requisitos para a filiação socioafetiva. Com essas considerações, acompanho o eminente Relator.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.049.984-MS (2008/0084195-7)**

---

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Claudio Antonio Montagna e outro

Advogado: Péricles Araújo Gracindo de Oliveira e outro(s) - MS007985A

Recorrido: Basf SA

Advogado: Gilson Adriel Lucena Gomes - MS006367

---

**EMENTA**

Direito Empresarial. Recurso especial. Títulos de crédito. Cédula de Produto Rural. Aquisição de insumos para plantio. Possibilidade.

1. Historicamente, reconhece-se a Cédula de Produto Rural como um título de crédito apto para formalizar o emprego do capital privado no fomento do setor do agronegócio.

2. A CPR pode instrumentalizar uma compra e venda mercantil, como a referida no caso dos autos, podendo ser emitida para representar qualquer negócio jurídico em que o produtor rural assume a obrigação de entregar seu produto ao outro contratante.

3. O art. 2º da Lei n. 5.474/1968 proíbe ao vendedor das mercadorias sacar título diverso da duplicata, mas não impede o comprador de fazê-lo.

4. A CPR é regida pelo princípio da autonomia privada, autorizando a pactuação dos juros de mora à taxa anual de 12% (doze por cento), percentual que não viola o disposto no Decreto n. 22.626/1933.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

---

**ACÓRDÃO**

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.  
Brasília (DF), 03 de outubro de 2017 (data do julgamento).  
Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

---

DJe 9.10.2017

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Os recorrentes, *Cláudio Antonio Montagna e Silvana Brun*, ajuizaram ação declaratória contra a recorrida, *Basf S.A.*, visando ao reconhecimento judicial de vícios em “Cédula de Produto Rural” (CPR), emitida para representar crédito decorrente de compra e venda de insumos que adquiriram para o desempenho de sua atividade rural.

Como fundamento de sua pretensão, apontaram supostos abusos na quantificação do crédito indicado no referido título, que disseram contrários a normas cogentes e que ensejaram o enriquecimento imerecido de sua contraparte, circunstâncias que dariam causa à nulidade da cártula.

Além disso, argumentaram que a operação em referência somente poderia ser representada por meio de duplicata, a teor do que dispõe o art. 2º da Lei Federal n. 5.474/1968. Nesse contexto, defenderam que “*são devedores de dinheiro e não de soja, uma vez que não venderam sua safra para a Ré para que a obrigação fosse representada por CPR (...)*” (e-STJ, fl. 13).

O juiz de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos, afastando os argumentos de onerosidade excessiva e reconhecendo a validade da CPR para representar a operação comercial entabulada entre os ora litigantes (e-STJ, 418/423). A decisão foi confirmada pelo TJMS, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pelos ora recorrentes (e-STJ, fls. 460/489 e 520/525), proferindo acórdão assim ementado:

Ação de desconstituição c/c declaratória. Cédula de Produto Rural. Emissão sem contraprestação em dinheiro. Aquisição de insumos para plantio. Possibilidade.

A Cédula de Produto Rural presta-se para que o produtor rural possa obter recursos a fim de financiar a sua lavoura por meio da venda antecipada do produto que posteriormente colherá; o fato de ser emitida para pagamento de insumos utilizados na atividade agrícola, portanto, sem contraprestação em dinheiro, não configura desvio de finalidade, e não descaracteriza o título.

*Ação de desconstituição c/c declaratória. Cédula de Produto Rural. Juros moratórios.*

Em se tratando de Cédula de Produto Rural (CPR), os juros moratórios de 12% ao ano são devidos (caso pactuados), conforme determinação contida no artigo 1º do Decreto-Lei n. 22.626/1933, Lei de Usura.

Ainda inconformados, os recorrentes interpuseram recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da CF/1988, aduzindo violação dos arts. 1º e 2º da Lei n. 5.474/1968 e 166 do CC/2002, mais uma vez sustentando que a cédula de produto rural não poderia ser emitida para instrumentalizar a compra e venda realizada entre as partes.

Apontam, por fim, ofensa ao art. 5º do Decreto n. 22.626/1933, insurgindo-se contra os juros de mora estabelecidos em 12% ao ano, defendendo um limite máximo de 1% ao ano para o mencionado encargo.

A recorrida apresentou contrarrazões às fls. 578/584 (e-STJ).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Cinge-se a controvérsia a definir se a Cédula de Produto Rural seria o título adequado para representar o crédito relativo ao negócio firmado entre os recorrentes e a recorrida, e se a taxa de juros de mora poderia ser contratada em 12% (doze por cento) ao ano.

Historicamente, pode-se reconhecer a Cédula de Produto Rural como um título de crédito apto a formalizar o emprego do capital privado no fomento do setor do agronegócio. Cito lição de Ademir Pedro Klein:

Com a retirada dos subsídios do governo federal para o setor agropecuário, surge a necessidade de sua profissionalização, isto porque já não havia mais espaço para improvisos, ou seja, ou o setor agrícola e pecuário do Brasil quebrava determinados paradigmas, especialmente no que tange à dependência dos recursos financeiros do Governo Federal, subsidiados ou não, ou então talvez não tivesse alcançado o destaque no cenário internacional, que ocorreu especialmente na última década.

Para suprir a falta dos referidos recursos, foi necessário que o financiamento para o desenvolvimento da agricultura e pecuária no Brasil tivesse seus recursos de origem diversa daquela anteriormente existente, a qual mantinha esse segmento da economia engessado, estabelecendo limites de crescimento

dos negócios, com vários requisitos para enquadramento do financiado para obtenção de tais recursos financeiros oficiais.

Assim, os agricultores e pecuaristas passaram a contar com o crédito oferecido pelas empresas, cooperativas e bancos, já que, com a eliminação dos subsídios oficiais para o setor, bem como pela pouca disponibilidade de crédito rural com recursos do tesouro nacional, essa se tornou a alternativa viável que passou a alavancar o desenvolvimento de todo o complexo agrícola e pecuário que se encontrava no limiar da sua trajetória de sucesso.

Ocorre que, mesmo havendo disponibilidade de recursos pelos empresários e cooperativas para financiarem seus clientes e associados, bem como o ânimo dos produtores em tomar os recursos para financiamento de suas atividades, havia uma barreira técnica que limitava consideravelmente o desenvolvimento dessas espécies de negócio.

(...)

Não havendo um instrumento jurídico adequado que permitisse a mitigação desses entraves técnicos, restou necessária a criação de um título de crédito adequado, o que foi atendido pela Lei n. 8.929/1994, tendo a CPR preenchido essa demanda que havia do nosso ordenamento jurídico.

(KLEIN, Ademir Pedro. *Títulos de Crédito: Teoria e Prática; Cédula de Produto Rural*. Lei n. 8.929/1994. Leme/SP: Cronus, 2013, pp. 24/25)

A Cédula de Produto Rural (CPR) pode ser conceituada, portanto, como um título de crédito específico, que serve justamente para operações em que um agricultor adquire insumos e se compromete a pagá-los entregando determinada quantidade de produto rural, em data combinada. Na doutrina de Wellington Pacheco Barros:

(...) é possível definir-se a Cédula de Produto Rural como um título de crédito agrário de estrutura abstrata representativo de um compromisso de entrega de produto rural assumido por produtor rural em favor de terceiro.

Como a CPR-Financeira não modifica o compromisso de entrega de produto, apenas permite que no momento de sua liquidação seja convertido em dinheiro, o conceito não se modifica.

(BARROS, Wellington Pacheco. *Estudos Avançados sobre a Cédula de Produto Rural - CPR*. 1ª ed. Campo Grande: Contemplar, p. 42/43)

Arnaldo Rizzardo, distinguindo a Cédula de Produto Rural das cédulas de crédito destinadas a garantir financiamentos, afirma tratar-se de um “título circulatório, uma promessa de que se entregará o produto a determinada pessoa” (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*, 11ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 270).

Essa versatilidade da CPR foi inclusive consagrada em precedente da Terceira Turma do STJ, no qual se estabeleceu que “a emissão desse título pode se dar para financiamento da safra, com o pagamento antecipado do preço, mas também pode ocorrer numa operação de ‘hedge’, na qual o agricultor, independentemente do recebimento antecipado do pagamento, pretende apenas se proteger contra os riscos de flutuação de preços no mercado futuro” (REsp 866.414/GO, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, Rel. p/ Acórdão Ministra *Nancy Andrigli*, *Terceira Turma*, julgado em 20.11.2012, DJe 04.02.2013).

Assim, não procede a tese dos recorrentes de que o título não poderia instrumentalizar uma compra e venda mercantil, como a que ocorreu no caso dos autos, pois a Cédula de Produto Rural pode ser emitida para representar qualquer negócio jurídico em que o produtor rural assuma a obrigação de entregar seu produto ao outro contratante. Ainda conforme Wellington Pacheco Barros:

O que se deve ter presente, no entanto, é que a cédula consubstancie a preexistência de um negócio jurídico, e ouse afirmar, qualquer que seja ele e não somente o que represente fomento para atividade rural. Isso porque, constituindo-se em promessa de entrega de produto ou de pagar quantia certa, a regra obrigacional daí advinda é a de que o credor dessa promessa já adimpliu a sua parte. Mas nada obsta que a CPR represente uma pura e simples doação sem encargo. (BARROS, Wellington Pacheco. *Estudos Avançados sobre a Cédula de Produto Rural - CPR*. . 1ª ed. Campo Grande: Contemplar, p. 44/45).

A situação dos autos, portanto, amolda-se ao delineamento doutrinário apresentado, e foi adequada a emissão da Cédula de Produto Rural representativa de negócio concernente à promessa de entrega de 14.901 sacas de 60Kg de soja em grãos, relativas à safra de 2004/2005, funcionando o título de crédito como instrumento representativo da obtenção de recursos para financiamento da lavoura, por meio da venda antecipada do produto, conforme explanado no acórdão recorrido. (e-STJ, fls. 522/523). Vale, quanto ao ponto, trazer exemplo ilustrativo de Fábio Ulhoa Coelho, nos mesmos moldes do caso em análise:

Além de instrumento para documentar a obrigação do produtor rural como vendedor ou devedor pignoratício, também tem servido a CPR de meio de financiamento da produção. O produtor de soja, por exemplo, adquire os insumos emitindo, em favor do vendedor (de adubos, sementes etc.) uma CPR referente à parte da produção projetada. Não desembolsa dinheiro para pagar seus fornecedores, mas obriga-se a entregar-lhes determinada quantidade do que pretende cultivar e colher. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Vol. I. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 558)

Tampouco procede a alegação dos recorrentes, de que a duplicata seria o único título de crédito apto a instrumentalizar uma compra e venda mercantil, em obediência ao art. 2º da Lei n. 5.474/1968. Na verdade, esse dispositivo legal proíbe ao vendedor das mercadorias sacar outro título, mas a CPR é uma promessa de pagamento emitida pelo comprador. É por isso que a regra legal em questão não impede, por exemplo, uma compra e venda instrumentalizada por nota promissória ou cheque, como ensina, mais uma vez, Fábio Ulhoa Coelho:

No Brasil, o comerciante somente pode emitir a duplicata para documentar o crédito nascido da compra e venda mercantil. A lei proíbe qualquer outro título *sacado* pelo vendedor das mercadorias (LD, art. 2º), em dispositivo que exclui apenas a juridicidade da letra de câmbio. Com efeito, a nota promissória e o cheque pós-datado são plenamente admissíveis, no registro do crédito oriundo de compra e venda mercantil, porque são sacados pelo comprador, escapando assim à proibição da lei (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Vol. I. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 522).

Finalmente, quanto aos juros moratórios, não prosperam os argumentos de ofensa ao art. 5º do Decreto n. 22.626/1933, cuja redação é a seguinte:

Art. 5º Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais.

A pretensão do recorrente não encontra amparo no texto legal, cuja disposição não impõe limite de 1% (um por cento) ao ano para os juros de mora nos contratos firmados nos moldes da avença objeto de discussão nestes autos. Com efeito, o referido dispositivo cinge-se a autorizar o acréscimo, no caso de mora, de um ponto ao percentual contratado. Em suma, pelo texto da norma legal em referência, o coeficiente estabelecido para os juros moratórios pode ser um ponto percentual superior àquele definido para os juros contratuais. Nada além disso.

Assim, carecendo o recurso especial do fundamento legal congruente com o pedido apresentado, incide na espécie o óbice da Súmula n. 284 do STF, por deficiência da fundamentação desenvolvida.

Além disso, o recorrente deixou de impugnar o fundamento utilizado pelo acórdão recorrido para a autorização dos juros de mora em 1% (um por cento) ao mês, qual seja o art. 1º do Decreto n. 22.626/1933. Desse modo, remanescendo inatacado fundamento suficiente para a manutenção das conclusões do acórdão recorrido, incide o óbice da Súmula n. 283 do STF.

Sem embargo dessa conclusão e ressaltando a distinção entre a Cédula de Produto Rural e a Cédula de Crédito Rural (esta definida pelo art. 9º do Decreto-Lei n. 167/1967 como a “promessa de pagamento *em dinheiro*”, enquanto aquela é “representativa de promessa de entrega *de produtos rurais*”, conforme art. 1º da L. 8.929/1994), comporta esclarecer que, para o título de crédito tratado neste recurso (CPR), vigora o princípio da autonomia privada, estando autorizada a pactuação dos juros de mora à taxa anual de 12% (doze por cento), percentual que não contraria o disposto no Decreto n. 22.626/1933. Ainda a propósito dos juros moratórios da CPR, cito elucidativo precedente da Terceira Turma deste Tribunal Superior:

Recursos especiais. Civil e Processual Civil. CPC/1973. Cédula de Produto Rural Financeira - CPR-F. Embargos à execução. Desvio de finalidade. Juros de mora. Multa moratória.

1. *Recurso Especial do Executado/Embargante:*

1.1. Controvérsia acerca da execução de uma Cédula de Produto Rural Financeira (CPR-F), proposta pelo segundo endossatário do título.

1.2. Ausência de vinculação da CPR a uma anterior concessão de crédito ao produtor rural (exegese da Lei n. 8.929/1994), uma vez que a CPR é considerada um título de crédito não causal. Doutrina sobre o tema.

1.3. Inocorrência de nulidade do título por desvio de finalidade na hipótese em que o emitente alega não ter recebido pagamento antecipado pelos produtos descritos na cártula. Julgados desta Corte Superior.

1.4. Impossibilidade de se acolher, no curso da execução proposta pelo endossatário, alegação de inexistência do negócio jurídico subjacente à CPR, tendo em vista a inoponibilidade das exceções pessoais ao endossatário de boa-fé (art. 17 da Lei Uniforme de Genebra - LUG). Doutrina sobre o tema.

1.5. Aplicabilidade subsidiária da LUG à CPR, ‘ex vi’ do art. 10 da Lei n. 8.929/1994.

1.6. Inviabilidade de se contrastar o entendimento do Tribunal de origem acerca da boa-fé do segundo endossatário, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

1.7. *Inaplicabilidade da limitação dos juros moratórios a 1% ao ano, prevista no art. 5º, p. u., do Decreto-Lei n. 167/1967, por se tratar de norma específica da Cédula de Crédito Rural - CCR.*

1.8. *Distinção entre a CPR e a CCR, quanto à autonomia da vontade das partes, sendo esta ampla na CPR e restrita na CCR. Doutrina sobre o tema.*

2. *Recurso Especial do Exequente/Embargado:*

2.1. Controvérsia acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos. 2.2. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

ao negócio jurídico estabelecido entre cooperativa e cooperado, quando se tratar de ato cooperativo típico (cf. art. 79 da Lei n. 5.764/1971). Julgados desta Corte e doutrina especializada sobre o tema. 2.3. Hipótese em que a CPR-F teria sido emitida para capitalizar uma cooperativa agrícola, conforme constou no acórdão recorrido, tratando-se, portanto, de ato cooperativo típico, não havendo falar em relação de consumo. 2.4. Inaplicabilidade do conceito de consumidor equiparado do art. 29 do CDC, devido à inocorrência de uma prática comercial abusiva dirigida ao mercado de consumo. Doutrina sobre o tema. 2.5. Validade da multa moratória pactuada em 10% do valor da dívida, não se aplicando o limite de 2% previsto no art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

2.6. Redistribuição dos encargos sucumbenciais.

3. *Recurso Especial do Embargante desprovido e Recurso Especial do Embargado provido.*

(REsp 1.435.979/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 30.03.2017, DJe 05.05.2017)

Dessa forma, não prospera a pretensão de limitar os juros moratórios em 1% (um por cento) ao ano.

Diante do exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.340.800-CE (2012/0161700-0)**

---

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Domus Companhia Hipotecária

Advogado: Alde da Costa Santos Júnior - DF007447

Advogados: Maria Zuleika de Oliveira Rocha - DF010407

Flávio Cunha de Carvalho Rêgo e outro(s) - CE010091

Recorrido: RF Participações Ltda

Advogado: Anastácio Jorge Matos de Sousa Marinho e outro(s) - CE008502

---

#### **EMENTA**

Processual Civil. Recurso especial. Embargos de terceiro. Omissões, obscuridades e contradições inexistentes. Tempestividade

dos embargos. Súmula n. 7 do STJ. Teoria da causa madura. Ausência de citação.

1. Omissões, contradições e obscuridades apontadas no recurso especial não caracterizadas, tendo em vista que o Tribunal de origem enfrentou as respectivas questões mediante fundamentação que considerou apropriada nos acórdãos da apelação e dos embargos de declaração, o que torna baldia a alegação de violação dos arts. 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC/1973.

2. A tempestividade dos embargos de terceiro foi reconhecida em segundo grau com base nas provas carreadas aos autos pela embargante, cuja apelação foi provida. A recorrente, embargada, insiste na tese contrária, postulando o restabelecimento da sentença mediante alegações de fato e de prova. Em tal contexto, a reforma do acórdão recorrido neste momento processual não é possível, tendo em vista que demandaria o reexame das provas dos autos, operação vedada na Súmula n. 7 do STJ.

3. Qualquer demanda estará pronta para ser julgada quando instaurada a relação processual e encerrada a necessária instrução do processo, assegurado às partes o amplo direito de deduzir alegações, de requerer a produção das provas que entenderem necessárias para demonstrar o próprio direito material e de impugnar as teses e as provas apresentadas pela parte contrária.

4. A teoria da causa madura, disciplinada no art. 515, § 3º, do CPC/1973, não pode ser aplicada quando ausente a citação do réu, ao qual nem mesmo foi deferido prazo para contestar a ação. A simples apresentação de contrarrazões à apelação do autor, sem produzir provas, afirmando tão somente a intempestividade dos embargos de terceiro, a ilegitimidade ativa e a litigância de má-fé da embargante não viabiliza a utilização da referida teoria, pena de cercear o direito à ampla defesa.

5. O retorno do processo ao primeiro grau permitirá, no presente caso, inclusive, o reexame da tempestividade dos embargos de terceiro à luz das provas que serão apresentadas e requeridas pela ré.

6. Demais questões prejudicadas.

7. Recurso especial conhecido em parte e provido também parcialmente.

## ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

---

DJe 4.12.2017

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto por *Domus Companhia Hipotecária* (atual denominação de *Domus – Cia. de Crédito Imobiliário*) contra acórdão proferido pelo TJCE, assim ementado (e-STJ fls. 579/582):

Processo Civil. Apelação. Embargos de terceiro. Sentença de rejeição da oposição de terceiro em razão de suposta intempestividade. Ausência de resolução de mérito. Arguição de nulidade por ausência de relatório. Rejeição da preliminar. Presença de relatório conciso e bastante ao igualmente conciso julgamento terminativo. Sentença fundada exclusivamente em presunção, que não constitui prova e nem fonte desta. Presença nos autos de indícios e provas documentais pré-constituídas de que a apelante somente tomou conhecimento da arrematação na iminência da turbação. Reconhecimento da tempestividade da oposição dos embargos de terceiro. Teoria da causa madura. Incidência no caso, que já reúne os elementos necessários à livre formação do convencimento motivado. Prova documental de que o imóvel em disputa há muito foi incorporado ao patrimônio da apelante. Conversão da obrigação em perdas e danos em face da alienação do bem pela apelada. Cabimento. Aplicação dos artigos 461 e 461-A do CPC. Recurso de apelação conhecidos e providos, com a resolução do mérito dos embargos de terceiro.

1. “Não é nula decisão cujo relatório de sentença lançada nos autos, ainda que sucinto, expõe os fatos da causa e a pretensão resistida.” (REsp n. 15.417-SP).

2. No caso dos autos, embora sucinto ou conciso, o relatório contido no *decisum* foi bastante e suficiente ao convencimento judicial formado, que, por não resolver o mérito da ação de embargos de terceiro, foi igualmente conciso,

inclusive em conformidade com o disposto no art. 459, do Código de Processo Civil. Rejeitada a argüição de nulidade da sentença.

3. Antes, porém, de enfrentar as razões recursais que visam a reforma do julgado, cabe, antes, tecer algumas considerações sobre a incidência do art. 515, § 3º, sobre o caso em julgamento.

4. Trata-se da positivação da chamada “teoria da causa madura”, que acabou por empregar ao recurso de apelação um novo efeito, denominado “efeito desobstrutivo” – uma vez que desobstrui o exame do mérito, sendo relevante esclarecer que a irradiação do efeito desobstrutivo independe de expresso pedido do apelante, inclusive porque tem gênese no princípio do impulso oficial que, para ser exercitado, independe da vontade e do pedido das partes.

5. A melhor dogmática jurídica brasileira bem aparta a teoria da causa madura do efeito devolutivo do recurso, mormente porque, em verdade, dela advém um outro efeito – o desobstrutivo, decorrente do princípio do impulso oficial e, como se afigura evidente, dos princípios constitucionais do acesso a justiça, da duração razoável e da efetividade do processo.

6. De volta ao caso concreto, compulsando o feito, penso que a causa, muito embora verse sobre matéria de fato, encontra-se plenamente madura e pronta para julgamento de mérito – veridicidade que decorre, de um lado, do reconhecimento da tempestividade da oposição dos embargos de terceiro, e, de outro, da subsunção da norma do art. 515, § 3º, do CPC, ao caso em julgamento.

7. Por primeiro, analisando detidamente a sentença vergastada, vê-se que foi, sim, pronunciada mediante presunção que anda longe de constituir meio de prova ou fonte desta. É que, embora possa o magistrado, quando da formação de seu convencimento, recorrer as máximas ou as regras de experiência, *o exercício da jurisdição não se pode dar por meio de presunção*, pelo que jamais poderia o magistrado monocrático simplesmente presumir que a Embargante/Apelante tenha tomado conhecimento da arrematação do imóvel pela Embargada/Apelada *Domus Cia* de Crédito Imobiliário, simplesmente pelo fato de que, no passado, o representante legal da Embargante/Apelante figurou como sócio de seu genitor, representante legal da Embargada/Apelada *Intermaris World Trade S.A.* – vínculo este que, segundo os próprios autos (fls. 43-44) se desfaz desde 4 de novembro de 1996.

8. Adicionalmente a estas veridicidades, todas expressa e claramente comprovadas nos autos (que, per se, já bastam para afastar a descabida presunção judicial levada a efeito pelo julgador singular), é ainda fato público e notório a grave desinteligência há muito havida entre os Srs. Humberto Fontenele e Roberto Fonseca Fontenele – que também afasta a impertinente presunção de que o último tomou conhecimento da arrematação do bem imóvel cujo fruto de sua alienação encontra-se atualmente em disputa nestes autos.

9. Portanto, e a partir da norma processual segundo a qual “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta”, não competia ao magistrado de planície decidir

por presunção, mas, ao contrário, devia tê-lo feito a partir dos indícios e provas contidas nos autos, e bem assim pelo fato público notório acima comentado, que, todos, levam a crer que somente na iminência do esbulho/turbação a Apelante tomou conhecimento da execução.

10. Pois bem, tempestivos os embargos de terceiro, com o que ainda se promove neste feito o direito fundamental de ação e o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, e madura a causa, eis que reúne todos os elementos necessários à formação do livre convencimento motivado, inclusive no que se refere a matéria de fato (documentalmente comprovada nos fólios), é de se resolver o mérito da causa.

11. Segundo o Enunciado n. 84, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “84. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.”

12. *In casu*, muito mais do que fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel desprovido de registro, a oposição de terceiro em curso neste feito funda-se, mais, em cisão seguida de incorporação devidamente registrada na Junta Comercial do Estado do Ceará, consoante os documentos de fls. 39-42 e 63-68.

13. É dizer, os referidos documentos constituem prova escrita e pré-constituída de que o imóvel objeto da Matrícula n. 25.377, do Cartório de Registro de Imóveis da 4ª Zona desta Comarca, foi transferido/incorporado pela Apelante em 28 de outubro de 1995, pelo que não poderia ter sido dado em penhora pela cindida Intermaris World Trade S.A., e tampouco sido arrematado pela DOMUS Cia de Crédito Imobiliário, e, ainda, pior, ter sido alienado a Conti Construção e Incorporação de Imóveis Ltda. – *como de fato ocorreu, consoante às fls. 68-69 dos autos da ação cautelar incidental conexa ao presente feito.*

14. A propósito, visando a ação de embargos de terceiro em curso neste feito resguardar a posse/domínio do mencionado bem imóvel em favor da Apelante, e tendo o referido bem, todavia, sido objeto de alienação, o que torna deveras dificultosa a tutela específica, resta a conversão da obrigação em perdas e danos, nos termos do art. 461-A, § 3º, e 461, § 1º, ambos do CPC.

15. Recurso de apelação conhecido e provido, não somente para reconhecer a tempestividade da oposição dos embargos de terceiro originariamente veiculados nestes autos, mas, ainda, a fim de resolver, de logo, o mérito da causa, julgando procedentes os referidos embargos de terceiro, para, todavia, diante da impossibilidade de concessão da tutela específica da obrigação, converte-la em perdas e danos, condenando a *Domus – Cia de Crédito Imobiliário* ao pagamento do valor fruto da alienação do bem objeto da Matrícula n. 25.377, do Cartório de Registro de Imóveis da 4ª Zona desta Comarca (R\$ 2.850.000,00 (dois milhões, oitocentos e cinquenta mil reais)), que se encontra bloqueado em sua conta corrente por força da medida cautelar concedida nos autos do processo n. 45875-

05.2010.8.06.0000/0, devidamente corrigido e atualizado mediante a incidência de correção monetária, juros de mora a partir do aperfeiçoamento da relação jurídica processual, e de juros remuneratórios, devidos inclusive em decorrência da fruição do imóvel e do valor fruto de sua alienação, estes últimos a partir de 5 de abril de 2005 (data da cumprimento do auto de desocupação/esbulho), cujo *quantum* total deverá ser apurado mediante cálculo aritmético, tudo sem olvidar-se da condenação da *Domus Cia* de Crédito Imobiliário ao pagamento de custas judiciais, na forma da lei, e em honorários advocatícios, que arbitro no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor total e atualizado da condenação.

O Tribunal de origem rejeitou os embargos de declaração opostos pela ora recorrente e acolheu os que foram apresentados pela ora recorrida (e-STJ fls. 674/704), estando o respectivo acórdão assim ementado (e-STJ fls. 674/677):

Embargos de declaração. Apelação cível. Embargos de terceiro. Alegação, pela embargante Domus – Cia de Crédito Imobiliário, de obscuridades, contradições e omissões. Inexistência. Tentativa de rediscussão, por meio inadequado, de matérias amplamente debatidas e decididas. Afirmação, pela embargante RF Participações Ltda., de obscuridade e omissão quanto ao termo *a quo* de incidência dos juros moratórios, de aplicação da Taxa Selic, e do percentual dos juros remuneratórios. Provimento.

1. “Decididas as questões suscitadas, não há falar em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, sendo certo que os embargos declaratórios não se prestam ao reexame de matéria já decidida à luz dos fundamentos jurídicos invocados...” (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 962.622/PR, Rel. Ministro *Hamilton Carvalho*, *Primeira Turma*, julgado em 20.05.2010, DJe 11.06.2010).

2. “Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535, inc. II, do CPC. Precedentes.” (REsp 958.173/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbel Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 18.09.2008, DJe 29.10.2008).

3. No caso dos autos, analisando a oposição da *Domus – Cia de Crédito Imobiliário*, vejo que visa apenas a rediscussão de matérias amplamente debatidas e decididas no corpo do acórdão impugnado.

4. Quanto à alegada obscuridade no que diz respeito às razões de aplicação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC), ao contrário do que sustentou a *Domus*, consta do acórdão embargado expresso e amplo debate e decisão a respeito da aplicação do referido preceptivo de lei à espécie dos autos.

5. A propósito, igualmente não há falar em contradição entre a aplicação da mencionada norma processual e o reconhecimento de que a controvérsia versava sobre matéria de fato, uma vez que, consoante já afirmei, os elementos de prova

disponíveis no feito foram bastantes e suficientes para o regular julgamento do mérito. Precedentes do STJ.

6. Muito embora também se preste apenas para tentar rediscutir o julgamento da causa, não prospera a afirmação de nulidade do acórdão porquanto prolatado a despeito da ausência de normal citação da *Domus*, quando esta, ao responder ao recurso de apelação da RF (conforme as contrarrazões de fls. 357-365, aforadas em 09.05.2006), exerceu seu direito constitucional ao contraditório, não havendo que se falar em qualquer ofensa ao devido processual.

7. No que se refere à suposta obscuridade do acórdão na parte em que afastou a presunção judicial levada a efeito na sentença, igualmente consta do *decisum* vergastado os fundamentos que, com clareza e precisão, tornaram evidente que o Juízo *a quo* partiu de descabida presunção para rejeitar liminarmente a oposição de terceiro.

8. Nada obstante, e avançando, vejo que também razão nenhuma assiste à *Domus* em sua afirmação de que “o acórdão embargado igualmente incorreu em obscuridade quando invocou o verbete n. 84 da Súmula do Egrégio Superior Tribunal de Justiça para concluir que seriam cabíveis os embargos de terceiro oferecidos pela RF”. É que, a exemplo das demais, tal matéria também foi debatida e discutida no corpo da decisão colegiada embargada.

9. Adiante, também não prospera a afirmação de que o acórdão teria incorrido em obscuridade quando “decidiu por converter a suposta obrigação da *Domus* em perdas e danos a serem pagas em favor da RF sem explicitar de forma adequada e didática as razões que o levaram a assim concluir”, e que “o acórdão embargado incorreu em evidente julgamento *extra petita*, violando o quanto disposto nos artigos 128, 293 e 460 do CPC”. A decisão embargada explicitou suficientemente, e de forma igualmente clara e precisa, as razões pelas quais a obrigação específica veiculada nos pedidos imediato e mediato formulados na oposição de terceiro restou convertida para perdas e danos – não havendo, assim, que se falar em qualquer obscuridade, e tampouco em agressão ao princípio da congruência.

10. Quanto à afirmação de que “o acórdão incorreu em nova obscuridade quando arbitrou o valor dos supostos prejuízos causados à RF em R\$ 2.850.000,00, porquanto não apresentou de maneira clara os fundamentos de fato e de direito de que se serviu para chegar ao referido valor”, reputo-a verdadeiramente incompreensível. É que, como se afigura óbvio, uma vez convertida a obrigação em perdas e danos, e partindo da premissa legal de que estas “abrangem, além do que ele [credor] efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, no caso concreto, portanto, devem corresponder ao valor fruto da alienação do imóvel objeto da lide, corrigido monetariamente (o que corresponde ao que a RF efetivamente perdeu), mais juros de mora e juros remuneratórios (o que corresponde ao que a RF razoavelmente deixou de lucrar).

11. A verdade é que, analisadas as razões de oposição levadas a efeito pela *Domus*, razão alguma lhe assiste, porquanto as questões postas sob apreciação

judicial foram regularmente apreciadas e decididas, não havendo que se falar em qualquer contradição, omissão ou obscuridade, tendo o acórdão julgado a lide mediante a clara invocação de fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais perfeitamente idôneos à formação do livre convencimento motivado.

12. Finalmente, no que se refere à oposição aclaratória da RF Participações Ltda., esclareço que o termo *a quo* de incidência dos juros moratórios e o dia 09.05.2006, data em que a *Domus* aforou suas contrarrazões de 357-365, com o que restou aperfeiçoada a relação jurídica processual e exercitado seu direito ao contraditório.

13. Esclareço, ainda, que, aplica-se ao caso o disposto no art. 406, do Código Civil. Portanto, a título de juros de mora, deve ser aplicada a Taxa Selic (que, consoante a jurisprudência nacional, abrange a correção monetária), devendo, portanto, ser aplicada tão-somente a mencionada Taxa (tanto a título de juros de mora quanto a título de correção monetária), de 09.05.2006 até a data do pagamento.

14. Por fim, e ainda no que toca à oposição manejada pela RF, esclareço também que os juros remuneratórios, cujo termo *a quo* de incidência, conforme o acórdão impugnado, é o dia 05.04.2005 (data do cumprimento do auto de desocupação/esbulho), tendo como termo *ad quem* a data do pagamento, deve corresponder ao percentual de 1% (um por cento) ao mês, que reputo razoavelmente correspondente à taxa de mercado.

15. Conhecidos ambos os embargos de declaração, negando-se provimento ao manejado por *Domus* – Cia de Crédito Imobiliário, ficando a mencionada Embargante advertida de que nova oposição protelatória lhe sujeitará à penalidade do art. 538, parágrafo único, do CPC, e dando-se provimento aos aclaratórios lançados por RF Participações Ltda.

Nas razões do recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, “a”, da CF (e-STJ fls. 711/756), a recorrente alega ser nulo o acórdão proferido na origem, tendo em vista a contrariedade aos arts. 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC/1973. Descreve os vícios materiais supostamente existentes nos acórdãos recorridos assim (e-STJ fls. 721/723):

24. Primeiramente, a *Domus* demonstrou que o v. acórdão recorrido foi obscuro ao não deixar claras as razões que o levaram a concluir que seria possível aplicar-se ao caso concreto o artigo 515, § 3º, do CPC, eis que a causa não versa sobre questão exclusivamente de direito, tampouco estava madura para julgamento antecipado. Afinal, a *Domus* jamais foi citada para oferecer sua defesa nestes autos e também não teve oportunidade de produzir qualquer prova quanto à improcedência das alegações da *RF Participações* ou à veracidade das relevantes alegações de defesa que certamente formularia.

25. Demonstrou-se também que o v. acórdão recorrido incorreu em contradição, na medida em que, muito embora tenha, ao final, concluído pela possibilidade de julgar-se o mérito da causa com fundamento no artigo 515, § 3º, do CPC, antes havia reconhecido expressamente que a causa versava “sobre matéria de fato” (fls. 440), o que desautoriza em absoluto a conclusão a que chegou.

26. Os embargos de declaração também apontaram que, ao julgar antecipadamente a causa sem que sequer tivesse sido concedida à *Domus* a oportunidade de se defender, o v. acórdão recorrido violou o devido processo legal e desrespeitou o direito da *Domus* ao contraditório e à ampla defesa, violando o artigo 332 do CPC e o artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República. E daí ser inclusive possível sustentar-se a sua nulidade.

27. Também constou dos embargos declaratórios em questão que o v. acórdão recorrido igualmente incorreu em obscuridade ao deixar de considerar que a *RF Participações* sempre teve pleno conhecimento quanto à existência de hipoteca referente ao imóvel, *dado que era sócia da Intermaris quando da respectiva instituição*, a qual gera direito de seqüela relativamente ao bem, de forma que a *Domus* tinha o direito de perseguir o imóvel hipotecado em seu favor mesmo após a sua alienação, em conformidade com o quanto estabelece o artigo 1.228 do Código Civil.

28. Os embargos de declaração tinham ainda a finalidade de esclarecer que não cabe falar-se em qualquer desconhecimento por parte da *RF Participações*, seja com relação à hipoteca em si, seja com relação à penhora e à arrematação do bem hipotecado, de forma que são evidentemente intempestivos os embargos de terceiro oferecidos muito após o término do prazo de 5 dias previsto no artigo 1.048 do CPC.

29. Adicionalmente, por meio dos citados embargos de declaração, demonstrou-se que o v. acórdão recorrido incorreu em obscuridade quando invocou o Verbete n. 84 da Súmula do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, dado que a respectiva aplicação se restringe às hipóteses de conflito entre direitos pessoais (penhora decorrente de execução de obrigação pessoal e posse decorrente de compromisso de compra e venda), absolutamente não sendo aplicável quando se estiver diante de situação em que conflitam direito real e direito pessoal, como no caso dos autos.

30. O v. acórdão incorreu ainda em omissão ao deixar de observar que a suposta aquisição do imóvel pela *RF Participações* jamais foi objeto de registro no cartório competente, assim como não foram publicados os atos societários da cisão mediante a qual teria se operado a transferência do imóvel em questão em favor de *RF Participações*. E essas matérias foram igualmente abordadas nos embargos de declaração.

31. Da mesma forma, demonstrou-se que o v. acórdão recorrido incorreu em nova obscuridade ao converter em perdas e danos o pedido formulado pela *RF*

*Participações*, em total desrespeito às normas legais que cuidam dos limites da demanda, da tutela específica de obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa, e da responsabilidade civil.

32. Por fim, os embargos de declaração também tinham por objetivo sanar a obscuridade em que incorreu o v. acórdão recorrido ao arbitrar em R\$ 2.850.000,00 o valor dos supostos prejuízos causados à *RF Participações*, porquanto não foram apresentados de maneira clara os fundamentos de fato e de direito de que se serviu o Tribunal Local para chegar ao referido valor.

33. Ocorre que, mesmo após a oposição dos acima referidos embargos de declaração, o Egrégio Tribunal Local insistiu nos vícios de omissão, obscuridade e contradição anteriormente cometidos.

Aduz ter ocorrido julgamento prematuro da causa, em desacordo com o art. 515, § 3º, do CPC/1973, uma vez que não versava questão exclusivamente de direito, não estando madura para julgamento antecipado, violando o princípio da ampla defesa e do contraditório, inserido no art. 332 do CPC/1973. Destaca que “as alegações que constam da petição inicial dos embargos de terceiro são todas, sem exceção, baseadas em fatos – unilateralmente narrados pela própria *RF Participações*, já que não houve sequer oportunidade de apresentação de qualquer defesa ou contraprova pela *Domus*” (e-STJ fl. 728). Assevera que nem mesmo foi citada e que o próprio Tribunal de origem reconheceu “que a causa versava ‘sobre matéria de fato’ (fls. 440 e fls. 527)” (e-STJ fl. 730). Acrescenta que “nem mesmo o artigo 285-A, § 2º, do CPC, cuja aplicação, por analogia, invocou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (fls. 528/529) poderia justificar a conclusão a que chegou o v. acórdão recorrido, pois o referido dispositivo é expresso ao estabelecer que somente ‘quando a matéria controvertida for unicamente de direito’ pode ser dispensada a citação do réu antes da prolação da sentença” (e-STJ fl. 736).

Defende ser vedada a conversão, *ex officio*, do pedido de manutenção de posse em perdas e danos, por extrapolar os limites da pretensão deduzida na apelação e violar os arts. 128, 293, 460 e 515 do CPC/1973, caracterizando julgamento *extra petita*.

Entende serem intempestivos os embargos de terceiro, tendo em vista que “o imóvel que alegadamente teria sido transferido pela *Intermaris* à *RF Participações*” – autora dos embargos – “havia sido anteriormente objeto de hipoteca instituída por aquela em favor da *Domus*, hipoteca essa a respeito da qual a *RF Participações* sempre teve pleno conhecimento, dado que era sócia da *Intermaris* quando da sua respectiva instituição” (e-STJ fl. 740). Argumenta ainda que (e-STJ fls. 740/741):

72. Com se sabe, uma das principais características dos direitos reais de garantia, como é o caso da hipoteca, é a sequela que se gera relativamente ao bem hipotecado. De forma que, sob pena de violação ao artigo 1.228 do Código Civil, não se pode admitir que a *RF Participações*, que sempre teve ciência do gravame, venha agora arvorar-se na condição de um terceiro adquirente de boa-fé, sustentando ser desconhecidora de que a *Domus* tinha o direito de perseguir o imóvel hipotecado em seu favor onde e com quem quer ele estivesse.

73. A *RF Participações* teve ciência quanto à instituição da hipoteca em favor da *Domus* desde o respectivo termo inicial, não cabendo falar-se em qualquer desconhecimento de sua parte, seja com relação à hipoteca em si, seja com relação à ação movida pela *Domus* contra a *Intermaris* em função do descumprimento do contrato de compra e venda do bem hipotecado.

74. A jurisprudência desse Egrégio Superior Tribunal de Justiça é uníssona ao afirmar que, somente nas restritas hipóteses em que o terceiro-embargante comprovadamente não tenha ciência quanto à execução em que se operou a arrematação do bem, pode o artigo 1.048 do CPC ser interpretado extensivamente.

75. Em outras palavras, apenas “*estando alheio ao processo e aos atos de reintegração de posse, o terceiro pode defender sua posse sem estar submetido ao prazo constante do art. 1.048 do Código de Processo Civil*”. E isto definitivamente não corresponde à hipótese dos autos, como devidamente demonstrado pela *Domus*!

76. E daí serem evidentemente intempestivos os embargos de terceiro oferecidos pela *RF Participações*, protocolizados muito após o término do prazo de 5 dias previsto no artigo 1.048 do CPC, violado pelo v. acórdão recorrido.

Aponta infringência aos arts. 233, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 6.404/1976 e 1.245 do CC/2002, pois a operação de cisão em que se baseou a recorrida para justificar o oferecimento dos embargos de terceiro e a defesa da posse foram realizadas em desacordo com a lei, inexistindo demonstração de que os atos societários tenham sido objeto de publicação. Ademais, segundo a recorrente, “é fato incontroverso que a alegada transferência do imóvel em questão pela *Intermaris* em favor da *RF Participações* jamais foi objeto de registro perante o cartório imobiliário competente (fls. 534), o que, na prática, equivale a dizer que não houve qualquer transferência, nos termos do artigo 1.245 do Código Civil. E, não tendo havido transferência de titularidade do imóvel junto ao cartório competente, deveria o v. acórdão recorrido ter reconhecido como plenamente válida e eficaz a penhora realizada sobre o referido bem em favor da *Domus*, sob pena de violação ao referido dispositivo legal, a qual acabou ocorrendo” (e-STJ fl. 743). Destaca que o Tribunal de origem “equivocou-se ao invocar o Verbete n. 84 da Súmula desse Egrégio Superior Tribunal de Justiça

para concluir que seriam cabíveis os embargos de terceiro oferecidos pela *RF Participações*” (e-STJ fl. 744).

Afirma violação dos arts. 927 e 1.228 do CC/2002 ao ser determinado o pagamento pela *Domus* de indenização pecuniária em favor da recorrida. No presente caso, “se algum prejuízo sofreu a *RF Participações*, é evidente que somente a *Intermaris* poderia ser condenada ao respectivo ressarcimento, tendo em vista que foi a *Intermaris* que (i) inadimpliu o contrato firmado com a *Domus*; (ii) transferiu à *RF Participações* o imóvel gravado de hipoteca; e (iii) posteriormente nomeou à penhora o referido imóvel” (e-STJ fl. 746).

Sustenta haver ofensa aos arts. 944 do CC/2002 e 461, 461-A, 475-C e 475-D do CPC/1973, asseverando que (e-STJ fls. 747/749):

96. Ao argumento de que não seria possível manter-se a *RF Participações* na posse do imóvel – providência jurisdicional esta requerida nos embargos de terceiro por ela oferecidos –, o v. acórdão recorrido invocou os artigos 461 e 461-A do CPC para determinar a conversão da referida pretensão em perdas e danos, condenando a *Domus* ao pagamento de uma exorbitante indenização pecuniária jamais requerida pela *RF Participações*.

97. Primeiramente, cabe destacar o equívoco cometido pelo v. acórdão recorrido ao afirmar a impossibilidade de manutenção da *RF Participações* na posse do imóvel, o que foi determinante para a equivocada conversão da suposta obrigação em perdas e danos.

98. Com o devido respeito, em se tratando de bem imóvel, e na remota hipótese de acolhimento dos embargos de terceiro – o que se admite *ad argumentandum tantum* –, poderia o v. acórdão recorrido ter determinado a reintegração da *RF Participações* na posse do imóvel, mesmo após sua alienação a um terceiro. Confira-se a doutrina:

[...]

99. Além disso, ao converter o pedido formulado pela *RF Participações* em perdas e danos, o v. Acórdão recorrido contrariou os artigos 461 e 461-A do CPC, estes que somente são aplicáveis às ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigações de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa, não sendo aplicáveis aos embargos de terceiro.

100. E mais. Ao fixar o valor da indenização supostamente devida à *RF Participações*, o Egrégio Tribunal Local, sem fundamento em qualquer parâmetro que pudesse indicar o *quantum* a ser ressarcido, decidiu que o valor da indenização a ser paga pela *Domus* deveria corresponder ao preço por ela recebido em razão da alienação do imóvel à sociedade Contil Construção e Incorporação de Imóveis Ltda., tudo em manifesta ofensa ao artigo 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

101. Afinal, não há qualquer correlação entre o valor fruto da alienação do imóvel e o suposto prejuízo sofrido pela *RF Participações*, que deveria, ao menos, ter comprovado em juízo a ocorrência do dano para que pudesse, então, ser determinada a sua extensão, por meio de apuração do *quantum* a ser indenizado, na forma dos artigos 475-C e 475-D do CPC.

102. Mesmo que se admita o cabimento do dever de pagar indenização estabelecido pelo v. Acórdão recorrido – o que se considera *ad argumentandum tantum* –, é evidente que a apuração do respectivo *quantum* não depende apenas de cálculo aritmético, sendo indispensável a instauração de procedimento de liquidação por arbitramento, no qual se devem observar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por último, alega violação dos arts. 405 e 406 do CC/2002. Esclarece que, segundo o acórdão recorrido, a “indenização deveria ser acrescida de juros moratórios desde 9.5.2006, data da apresentação das contrarrazões ao recurso de apelação pela *Domus*, até a data do pagamento do valor da condenação. O Tribunal Local determinou, ainda, a incidência de juros remuneratórios no percentual de 1% ao mês sobre o valor da condenação, os quais deveriam incidir desde a data do cumprimento do auto de desocupação até a data de pagamento do valor da condenação” (e-STJ fls. 539/540). Argumenta a recorrente que, “no entanto, no caso em tela, o valor equivalente à condenação arbitrada pelo v. Acórdão recorrido foi retirado da disponibilidade da *Domus* em 29.10.2010, antes mesmo da publicação do v. acórdão referente ao julgamento do recurso de apelação interposto pela *RF Participações*, mais especificamente quando da efetivação da ordem de bloqueio da quantia de R\$ 2.850.000,00 em conta corrente de sua titularidade, tudo em cumprimento à r. decisão de fls. 113/117 dos autos da ação cautelar n. 45875-05.2010.8.06.0000/0 em apenso” (e-STJ fl. 751). E conclui (e-STJ fl. 751):

109. *Data maxima venia*, uma vez que o valor equivalente ao total da condenação imposta à *Domus* está bloqueado judicialmente e vem sendo corrigido desde antes da fixação da própria condenação pelo v. acórdão recorrido, não há falar em mora, de modo que não cabe exigir-se da *Domus* o pagamento de encargos de nenhuma natureza (juros moratórios, juros compensatórios, correção monetária ou o que quer que seja), como equivocadamente determinou o v. acórdão recorrido. E isto em conformidade com o entendimento desse Egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

*RF Participações Ltda.* apresentou contrarrazões (e-STJ fls. 824/870), e o recurso especial não foi admitido na origem (e-STJ fls. 873/875), tendo

seguimento por força de decisão proferida no AREsp n. 212.598/CE (e-STJ fl. 1.766).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Cuidam os autos de embargos de terceiro, com pedido de liminar (e-STJ fl. 5/20), propostos por *RF Participações Ltda.* contra *Domus Cia. de Crédito Imobiliário e Intermaris World Trade S.A.*, narrando os seguintes fatos (e-STJ fls. 12/14):

Por via de contrato particular de compra e venda com pacto adjeto de hipoteca celebrado aos 17 de julho de 1992 (*doc. 05*), a embargada Intermaris World Trade S.A. adquiriu da embargada Domus Companhia de Crédito Imobiliário o imóvel que está localizado nesta Capital, à Av. Desembargador Moreira, 1954, conforme se extrai da cópia do citado documento, a qual segue a presente (*doc. 05*).

O citado imóvel é objeto da matrícula de n. 25.377 do Cartório de Imóveis da 4ª Zona Imobiliária, desta Urbe (*docs. 07*).

Porém, em meados de 1995, a então adquirente do imóvel acima citado foi submetida a um processo de cisão, com versão de parcela de seu patrimônio a uma outra sociedade, que em tal processo foi denominada incorporadora. Esta sociedade incorporadora é precisamente a empresa RF Participações Ltda.

Por via do citado processo de cisão, a embargante, que até aquela data era integrante do quadro societário da acionada Intermaris World Trade S/A, retirou-se da sociedade, recebendo como contra partida pela sua participação na sociedade, que ali se extinguiu, parte do patrimônio daquela, nos precisos termos do documento *Anexo – Instrumento de Protocolo de Cisão (doc. 08)*, que foi devidamente arquivado na Junta Comercial do Estado do Ceará aos 28 de junho de 1996, portanto muito antes de até mesmo se iniciar o processo de cobrança movido por Domus contra Intermaris.

[...]

Assim sendo, a partir da data da efetivação da cisão acima noticiada, a embargante vem exercendo mansa e pacificamente a sua posse sobre o imóvel objeto da arrematação levada a efeito nos autos do Processo de Execução n. 1997.02.09469-0, *do qual somente veio a ter ciência agora.*

[...]

Todavia, não obstante tenha alienado o bem imóvel objeto destes embargos, livremente e representada por seus administradores, isto tendo ocorrido em junho de 1996, a embargado Intermaris World Trade S.A., tendo em vista

sua sucumbência na ação de cobrança que lhe moveu a embargada Domus Companhia de Crédito Imobiliário, e com a finalidade de garantir a execução que se principiava, ofereceu à penhora, por petição que repousa às fls. 212 dos autos do processo principal, protocolizada em juízo aos 26.09.2000, precisamente o bem que alienara à embargante, mais de cinco anos antes, estando todas estas alegações documentalmente comprovadas.

Na convalidação prazal legal, a embargada Intermaris ajuizou ação de Embargos à Execução, que igualmente findaram por serem julgados improcedentes, prosseguindo-se então com o procedimento de satisfação do crédito da exequente Domus, por via do praxeamento do imóvel que garantia a execução. Verifica-se que assim se deu pelo despacho judicial lançado às fls. 238 dos autos principais, já aos 14.10.2002, pelo qual este Juízo determinou, como procedimento preparatório da arrematação, fosse o imóvel previamente avaliado.

O procedimento licitatório prosseguiu, permeado de irregularidades formais, segundo alegações da embargada Intermaris constantes dos autos, culminando com a arrematação do bem em hasta pública pelo ínfimo valor de R\$ 760.000,00 (setecentos e sessenta mil reais), tendo o respectivo auto de arrematação sido lavrado aos 13 de janeiro de 2005, conforme fls. 323 do já aludido caderno processual.

Após rejeitar liminarmente embargos à arrematação ajuizados pela embargada Intermaris, este Juízo deferiu à embargada Domus imissão na posse do imóvel objeto da arrematação, que, todavia, conforme se extrai dos documentos anexos, havia sido alienado à embargante quase dez anos antes, conforme documento público registrado na Junta Comercial do Estado do Ceará em 28.06.1996. Fixou este Juízo o prazo de vinte dias para desocupação voluntária do imóvel, sob pena de desocupação forçada, mediante emprego de força pública.

A ciência da embargante acerca do deferimento de tal pedido de imissão de posse, como é cediço, findou por consumir a turbação de sua posse, o que lhe gera o direito à propositura dos presentes, para se ver protegida em face da agressão à sua posse, já noticiada, encontrando esta ação suporte legal na letra do art. 1.046 do Código de Processo Civil, acima transcrito.

Os embargos de terceiro, protocolizados e distribuídos em 28.3.2005 (e-STJ fls. 3/4), foram julgados extemporâneos em sentença de 30.3.2005, com o seguinte teor (e-STJ fls. 341/345):

Tratam os presentes autos de *embargos de terceiro* promovidos por *RF Participações Ltda* em face de *Domus – Cia de Crédito Imobiliário*, em tudo nos termos da exordial de fls.

Após devidamente analisadas as condições de recebimento dos mesmos, com o devido respeito, máxima vênica, não merecem acolhida tais argumentações da embargante.

Dispõe o artigo 1.048 da lei adjetiva civil, ao disciplinar os *embargos de terceiro* “*in verbis*”:

*os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até 05 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.*

Ora, está evidente que o prazo se encontra totalmente expirado, pois consta às fls. 323 do processo executivo o *Auto de Arrematação* do bem penhorado, isso datado de 13 de Janeiro de 2005, oportunidade em que todos já tiveram a devida ciência, inclusive foram interpostos *embargos à arrematação* conforme dos autos de n. 2005.0001.7267-9, os quais não foram recebidos, em tudo consoante a decisão de fls. 134/138 dos apontados autos, presente então a preclusão para o objeto dos atuais embargos.

Outro aspecto, que não há que se questionar é a utilização indevida dos meios processuais de forma puramente procrastinatória, esquecendo-se que o Juiz é mais que simplesmente um aplicador da lei, e sim é um *interprete da lei*, devendo assim limitar essa atuação e objetivar a devida prestação jurisdicional.

É bem verdade que muitos mecanismos legais precisam ser modificados ou introduzidos, mas de nada valerá se o verdadeiro operador do direito não souber utilizá-lo dentro das razões a que se destina a norma, o que se denomina de “*interesse do legislador*”, daí fundamental a postura do magistrado para a correta prestação jurisdicional.

Nunca e em tempo algum a embargante veio aos autos para demonstrar seu suposto interesse, mesmo na hipótese de pessoas jurídicas diferentes (*Intermaris World Trade S.A. – Comércio Exterior* e *RF Participações Ltda*), as mesmas possuem interesses comuns, possuem sócios comuns, no caso *Roberto Fonseca Fontenele* e *Humberto Fontenele*, o segundo subscreveu a outorga aos embargos à arrematação e o primeiro outorgou poderes para a interposição dos presentes embargos de terceiro.

Ora, admitir a hipótese da ausência de conhecimento quanto à arrematação consumada, é indiscutivelmente, uma maneira legal, processual, onde a parte busca incansavelmente alguma forma de retardar a decisão quanto à imissão de posse já deferida, porém deve o magistrado, conforme dito, limitar tais pretensões.

Em sendo assim nada resta senão em considerar:

01) Consta da av-2-25.377, de 08 de Outubro de 2004, matrícula de n. 25.377, cartório de registro de imóveis da 4ª zona, que a propriedade do imóvel situado na Avenida Desembargador Moreira, n. 1954, é de *Intermaris World Trade S.A. - Comércio Exterior* e não da autora dos presentes embargos de terceiro;

02) Nunca constou dos autos da execução o manifesto interesse da embargante, isso diante de interesses comuns societários e da cisão realizada. Em sede de embargos à arrematação constou como interesse somente da *Intermaris World Trade S.A. - Comércio Exterior*, sempre omitindo-se a atual embargante;

03) Documental a prova de sócios em comum, o que se demonstra patente o conhecimento dos fatos e o desenvolver dos atos processuais, suas consequências, afastando assim a hipótese da ausência de conhecimento;

Desta forma, em respeito aos princípios norteadores do direito, é que tenho que os presentes embargos de terceiro possuem função puramente procrastinatória, além do que considero interpostos de forma extemporânea na forma do artigo 1.048 do Código de Processo Civil Brasileiro, em tudo para deixar de recebê-los, diante das considerações já aduzidas.

Em apelação (e-STJ fls. 349/378), a RF alegou ser nula a sentença por ausência de relatório e afirmou ter proposto os embargos de terceiro dentro do prazo legal, ressaltando que as empresas não tinham sócios em comum após a cisão. Requereu o provimento da apelação “para anular a decisão recorrida, que se ressentiu de requisito essencial, seja para proferir outra em seu lugar, determinando o recebimento e processamento dos embargos de terceiro em questão” (e-STJ fls. 377/378).

A *Domus* apresentou contrarrazões, alegando, preliminarmente, que a autora seria parte ativa ilegítima por ter simulado uma situação de terceiro prejudicado, que os embargos de terceiro seriam, de fato, intempestivos, inexistindo “dúvida sobre o total conhecimento do processo executivo por parte da apelante” (e-STJ fl. 485), e que a sentença não seria nula. Pediu, ao final, que fosse reconhecida a ilegitimidade ativa, declarada a apelante litigante de má-fé, “condenando-a ao pagamento de uma indenização à apelada” (e-STJ fl. 493), e desprovida a apelação.

O Tribunal conheceu da apelação e lhe deu provimento (e-STJ fls. 579/596) para, além de reconhecer a tempestividade dos embargos de terceiro, aplicar a teoria da causa madura e julgar procedentes os embargos de terceiro em seu mérito e, “diante da impossibilidade de concessão da tutela específica da obrigação, convertê-la em perdas e danos, condenando a *Domus – Cia de Crédito Imobiliário* ao pagamento do valor fruto da alienação do bem objeto da Matrícula n. 25.377, do Cartório de Registro de Imóveis da 4ª Zona desta Comarca (R\$ 2.850.000,00 (dois milhões, oitocentos e cinquenta mil reais), que se encontra bloqueado em sua conta corrente por força da medida cautelar concedida nos autos do processo n. 45875-05.2010.8.06.0000/0, devidamente

corrigido e atualizado mediante a incidência de correção monetária, juros de mora a partir do aperfeiçoamento da relação jurídica processual, e de juros remuneratórios, devidos inclusive em decorrência da fruição do imóvel e do valor fruto de sua alienação, estes últimos a partir de 5 de abril de 2005 (data do cumprimento do auto de desocupação/esbulho), cujo *quantum* total deverá ser apurado mediante cálculo aritmético” (e-STJ fl. 596).

O Tribunal de origem rejeitou os embargos de declaração opostos pela empresa *Domus* e acolheu os aclaratórios opostos pela autora RF “para o fim de esclarecer que: (a) o termo *a quo* de incidência dos juros moratórios é o dia 09.05.2006, data em que a *Domus* aforou suas contrarrazões de fls. 357-365, com o que restou aperfeiçoada a relação jurídica processual e exercitado seu direito ao contraditório; (b) a título de juros de mora e de correção monetária, dever ser aplicada apenas a Taxa Selic, incidindo de 09.05.2006 até a data do pagamento; e (c) os juros remuneratórios, cujo termo *a quo* de incidência, conforme o acórdão impugnado, é o dia 05.04.2005 (data do cumprimento do auto de desocupação/esbulho), tendo como termo *ad quem* a data do pagamento, deve corresponder ao percentual de 1% (um por cento) ao mês, que reputo razoavelmente correspondente à taxa média de mercado” (e-STJ fls. 703/704).

Primeiramente, com relação à tempestividade dos embargos de terceiro, alega a recorrente que “o imóvel que alegadamente teria sido transferido pela *Intermaris* à *RF Participações* havia sido anteriormente objeto de hipoteca instituída por aquela em favor da *Domus*, hipoteca essa a respeito da qual a *RF Participações* sempre teve pleno conhecimento. dado que era sócia da *Intermaris* quando da sua respectiva instituição” (e-STJ fl. 740).

Daí a interposição do presente recurso especial que agora examino.

**I. Violação dos arts. 165, 458, II, 535, I e II, do CPC /1973 – omissões, contradições e obscuridade inexistentes**

Nos acórdãos recorridos, o TJCE, de forma clara e adotando os fundamentos que entendeu adequados, (i) aplicou a teoria da causa madura, disciplinada no art. 515, § 3º, do CPC/1973, mesmo admitindo que a causa versa questões de fato (cf. e-STJ fls. 587/589); (ii) considerou que o direito ao contraditório e ao devido processo legal não foi desrespeitado, tendo em vista que, apesar da ausência de citação, a ré apresentou contrarrazões à apelação e os elementos de prova disponíveis nos autos foram suficientes para o julgamento do mérito (e-STJ fls. 690/691); (iii) reconheceu, para efeito de descaracterizar

a intempestividade dos embargos de terceiro, que os elementos juntados ao processo são suficientes para afastar a presunção acolhida pelo Juiz de Direito ao concluir que a embargante tinha conhecimento da arrematação do imóvel; (iv) entendeu cabível a aplicação da Súmula n. 84 do STJ; (v) afirmou que, apesar da ausência de registro do compromisso de compra e venda do imóvel, os embargos de terceiro estariam amparados suficientemente em cisão seguida de incorporação devidamente registrada na Junta Comercial do Estado do Ceará; (vi) declarou possível converter o pedido possessório em indenização, “nos termos do art. 461-A, § 3º, e 461, § 1º, do CPC, inclusive porque este foi o expresso fundamento e respectivo pedido formulado pela Apelante na ação cautelar incidental cujo deferimento da medida cautelar requestada acarretou o bloqueio do valor fruto da alienação” (e-STJ fl. 593); (vii) esclareceu que a importância indenizatória de R\$ 2.850.000,00 (dois milhões e oitocentos e cinquenta mil reais) equivale “ao valor [...] da alienação do imóvel objeto da lide, corrigido monetariamente (o que corresponde ao que a RF efetivamente perdeu), mais juros de mora e juros remuneratórios (o que corresponde ao que a RF razoavelmente deixou de lucrar)” (e-STJ fl. 700).

Todas as supostas omissões, contradições e obscuridades apontadas no recurso especial, portanto, não estão caracterizadas, tendo em vista que o TJCE enfrentou as respectivas questões mediante fundamentação que considerou apropriada nos acórdãos da apelação e dos embargos de declaração, o que torna baldia a alegação de ofensa aos arts. 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC/1973.

## **II. Contrariedade ao art. 1.048 do CPC/1973 – Tempestividade dos embargos de terceiro**

O Tribunal de origem decidiu que o Juiz de primeiro grau não poderia ter reconhecido a intempestividade dos embargos de terceiro com fundamento, apenas, na presunção de que a embargante teve conhecimento da arrematação do imóvel pela embargada, ora recorrente. Em seguida, apreciou os elementos apresentados pela embargante e concluiu que os referidos embargos seriam tempestivos, assim (e-STJ fls. 590/592):

*Portanto, e como se afigura intuitivo, jamais poderia o magistrado monocrático simplesmente presumir que a Embargante/Apelante tenha tomado conhecimento da arrematação do imóvel pela Embargada/Apelada **Domus Cia** de Crédito Imobiliário, simplesmente pelo fato de que, no passado, o representante legal da Embargante/Apelante figurou como sócio de seu genitor, representante legal da Embargada/Apelada Intermaris World Trade S.A. – vínculo este que, segundo os próprios autos*

(fls. 43-44) se desfez desde 4 de novembro de 1996 quando a sentença proferida nos embargos de terceiro data de 30 de março de 2005.

Aliás, dos autos mais se pode extrair que: (a) em 28 de outubro de 1995 restou aprovado, pelos então sócios da Apelante RE Participações Ltda., Srs. Roberto Fonseca Fontenele e Humberto Fontenele, o Protocolo e Justificação da cisão parcial da Intermaris Wolrd Trade S.A., com a versão do patrimônio desta última à primeira (fls. 39-40); (b) no mesmo dia 28 de outubro de 1995, os mesmos sócios aprovaram a incorporação da parcela do patrimônio da Intermaris World Trade S.A. pela RF Participações Ltda. (fls. 41-42), tudo de acordo com os termos do Protocolo e Justificação de fls. 63-66 (também datado de 28 de outubro de 1995), em que expressamente consta, dentre o patrimônio a ser incorporado pela RF Participações Ltda., o bem imóvel objeto da Matrícula n. 25.377, do Cartório de Registro de Imóveis da 4ª Zona desta Comarca; (c) mais avante, desta feita às fls. 43-44, consta o ato de saída do Sr. Humberto Fontenele do quadro de sócios da RF Participações Ltda., o que ocorreu em 4 de novembro de 1996; e (d) somente em 10 de outubro de 1997 foi ajuizada, pela *Domus Cia* de Crédito Imobiliário, a ação de conhecimento cujo trânsito em julgado da respectiva sentença de procedência proferida em desfavor de Intermaris World Trade S.A. embasou a ação de execução cujo processamento, por sua vez, redundou na arrematação, pela *Domus*, do imóvel há muito transferido, via cisão seguida de incorporação, à RF Participações Ltda.

Adicionalmente a estas veridicidades, todas expressa e claramente comprovadas nos autos (que, per se, já bastam para afastar a descabida presunção judicial levada a efeito pelo julgador singular), *é ainda fato público e notório a grave desinteligência há muito havida entre os Srs. Humberto Fontenele e Roberto Fonseca Fontenele* que também afasta a impertinente presunção de que o último tomou conhecimento da arrematação do bem imóvel cujo fruto de sua alienação encontra-se atualmente em disputa nestes autos.

Portanto, e a partir da norma processual segundo a qual “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta”, não competia ao magistrado de planície decidir por presunção, mas, ao contrário, devia tê-lo feito a partir dos *indícios e provas contidas nos autos, e bem assim pelo fato público e notório acima comentado*, que, todos, levam a crer que somente na iminência do esbulho/turbação a Apelante tomou conhecimento da execução.

[...]

*No caso em julgamento, certo que os embargos de terceiro foram opostos em 28 de março de 2005, portanto, ainda antes da consumação do auto de desocupação (que ocorreu somente em 5 de abril de 2005, conforme fl. 353), indubitosa a tempestividade da oposição.* (Grifei.)

Como se observa, a questão da tempestividade dos embargos de terceiro foi analisada com base nas provas carreadas aos autos apenas pela autora. Já a

recorrente insiste na tese contrária, alegando serem os mesmos sócios das duas empresas e no fato da existência de hipoteca anterior, de conhecimento de todos.

Em tal contexto, a reforma do acórdão recorrido neste momento processual não é possível, tendo em vista que demandaria o reexame das provas dos autos, operação vedada na Súmula n. 7 do STJ.

No entanto, considerando que a adoção da teoria da causa madura deve ser afastada, conforme será demonstrado no item seguinte deste voto, viabilizando a nulidade do acórdão recorrido, a abertura de prazo para que a embargada, ora recorrente, possa apresentar contestação, juntar documentos e requerer a produção de outras que forem necessárias à instrução completa do processo, a decisão definitiva a respeito da tempestividade dos embargos, questão que demanda profundo exame das provas, deverá ser tomada posteriormente na instância ordinária, após o encerramento da instrução do processo.

**III. Ofensa aos arts. 332 e 515, § 3º, do CPC/1973 – Teoria da causa madura e cerceamento do direito de defesa**

A respeito da impossibilidade de se aplicar a teoria da causa madura na hipótese, entendo que tem razão a recorrente. A propósito, assim dispõe o art. 515, § 3º, do CPC/1973:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

[...]

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

A Turma julgadora apoiou seu entendimento a respeito da aplicação da teoria da causa madura nos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 589):

Como se vê, a melhor dogmática jurídica brasileira bem aparta a teoria da causa madura do efeito devolutivo do recurso, mormente porque, em verdade, dela advém um outro efeito o desobstrutivo, decorrente do princípio do impulso oficial e, como se afigura evidente, dos princípios constitucionais do acesso a justiça, da duração razoável e da efetividade do processo.

Nada obstante, de volta ao caso concreto, compulsando o feito, penso que a causa, muito embora verse sobre matéria de fato, encontra-se plenamente madura e pronta para julgamento de mérito veridicidade que decorre, de um

lado, do reconhecimento (como se verá) da tempestividade da oposição dos embargos de terceiro, e, de outro, da subsunção da norma do art. 515, § 3º, do CPC, ao caso em julgamento.

(...)

Pois bem, tempestivos os embargos de terceiro, com o que ainda se promove neste feito o direito fundamental de ação e o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, e, repito, entendendo madura a causa, eis que reúne todos os elementos necessários a formação do livre convencimento motivado, inclusive no que se refere a matéria de fato (documentalmente comprovada nos folios), avanço rumo a resolução de mérito.

No acórdão dos embargos de declaração, o Tribunal de origem acrescentou (e-STJ fls. 690/691):

Portanto, nada a aclarar no ponto em análise, eis que a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, ao caso dos autos, deveu-se à constatação de que os elementos necessários à formação do livre convencimento motivado, inclusive no que se refere à matéria de fato, eis que documentalmente comprovada, encontravam-se, como de fato encontram-se, suficientemente presentes nos autos, pelo que me restou o exercício do poder-dever de julgar a lide, em promoção aos princípios da celeridade, efetividade e duração razoável do processo.

[...]

Aliás, muito embora também se preste apenas para tentar rediscutir o julgamento da causa, não prospera a afirmação de nulidade do acórdão porquanto prolatado a despeito da ausência de formal citação da *Domus*, quando esta, ao responder ao recurso de apelação da RF (conforme as contrarrazões de fls. 357-365, aforadas em 09.05.2006), exerceu seu direito constitucional ao contraditório, não havendo que se falar em qualquer ofensa ao devido processo.

Demais, cabe observar que a aplicação analógica do art. 285-A, § 2º, do CPC, à espécie dos autos, muito bem resolve a discussão:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

(...)

§ 2º *Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.*

A orientação do Tribunal de origem esbarra na definição mais adequada que se deve conferir à expressão “condições de imediato julgamento”, inserida

no referido § 3º do art. 515 do CPC/1973. Qualquer demanda estará pronta para ser julgada quando instaurada a relação processual e encerrada a necessária instrução do processo, assegurado às partes o amplo direito de deduzir alegações, de requerer a produção das provas que entender necessárias para demonstrar o próprio direito material e de impugnar as teses e as provas apresentadas pela parte contrária.

J. E. Carreira Alvim, por exemplo, assim confronta a teoria da causa madura com o princípio do contraditório:

*Apoiando-se em Barbosa Moreira, entende Cruz e Tucci que o preceito em questão vulneraria, pelo menos, dois importantes postulados da dogmática processual. O primeiro, pertinente ao duplo grau de jurisdição, pois, não tendo o juiz a quo se pronunciado sobre o mérito da causa, impor-se-ia a restituição dos autos ao órgão inferior, para que desse prosseguimento ao processo. O segundo, pertinente ao contraditório, pois não só despreza a participação conjunta e recíproca, durante as sucessivas fases do procedimento, de todos os protagonistas do processo, como viola o dever imposto ao juiz, de comunicar às partes as vertentes que ele reputa relevantes para a formação de sua própria convicção.*

No particular, são injustas as críticas de Cruz e Tucci à reforma processual, pois não são comprometidos, como se supõe, os apontados postulados da dogmática processual.

[...]

*No que tange ao **contraditório**, este não é afastado como se supõe, pois, se o processo for extinto **liminarmente**, ou seja, prematuramente, sem resolução de mérito – seja a questão de fato, provada por documentos, ou exclusivamente questão de direito – deverá o tribunal, se assistir razão ao apelante, dar provimento ao recurso, **cassar** a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, para que retome o curso do procedimento; justamente em homenagem ao postulado dogmático referido por Cruz e Tucci.*

*Por isso, o § 3º do art. 515 só será aplicado se o processo “estiver em condições de imediato julgamento”, ou seja, se, estando em condições de receber o julgamento no juízo a quo – processo em que se cumpriu o contraditório (com contestação, réplica, e, eventualmente, até instrução oral) –, entendeu o juiz de julgá-lo extinto sem resolução do mérito. (Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro. Curitiba: Juruá Editora, 2010, vol. 7, págs. 70/71 – grifei.)*

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, da mesma forma, assim lecionam:

9. Condição de julgamento imediato. Embora da norma conste a aditiva “e”, indicando que o tribunal só pode julgar o mérito se se tratar de matéria

exclusivamente de direito e a causa estiver em condições de julgamento imediato, é possível o julgamento de mérito pelo tribunal, quando a causa estiver madura para tanto. *Exemplo disso ocorre quando é feita toda a instrução, mas o juiz extingue o processo por ilegitimidade de parte (CPC 267 VI)*. O tribunal, entendendo que as partes são legítimas, pode dar provimento à apelação, afastando a carência e julgando o mérito, pois essa matéria já terá sido amplamente debatida e discutida no processo. Esse é o sentido teleológico da norma: economia processual. (Código de Processo Civil Comentado. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1.056 – grifei.)

Ocorre que, no presente caso, a relação processual nem sequer se completou, não tendo havido a citação da recorrente, à qual não foi deferido prazo para contestar a ação. Apenas apresentou contrarrazões à apelação, sem produzir provas, afirmando a intempestividade dos embargos de terceiro, a ilegitimidade ativa e a litigância de má-fé da embargante. Dessa forma, sem que a relação processual tenha se formado regularmente e sem que se conferisse à embargada o direito de requerer, fundamentadamente, a produção de determinadas provas, não era possível aplicar a teoria da causa madura com o propósito de julgar o próprio mérito da ação. Nesse sentido:

Processo Civil. *Querela nullitatis* ajuizada. Extinção do processo sem resolução de mérito, por inépcia, em primeiro grau, antes da citação do réu. Reconhecimento da irregularidade da extinção, pelo Tribunal, por inexistência de inépcia. Julgamento do mérito do processo, aplicando-se a teoria da causa madura. Impossibilidade.

1. A extinção do processo sem resolução de mérito, por inépcia, é possível antes mesmo da citação do réu. Se o Tribunal, contudo, afasta esse motivo de extinção, não pode julgar o mérito da ação aplicando a teoria da causa madura sem, antes, determinar a citação do réu para regular formação da relação jurídico-processual.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.136.276/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27.3.2012, DJe 17.4.2012.)

Processual Civil. CPC, art. 515, § 3º. Apelação. “Teoria da causa madura”. Não ocorrência. Ausência de citação da parte ré. Recurso especial. Ausência de impugnação aos fundamentos suficientes do acórdão recorrido. Súmula 283/STF. Analogia. Não conhecimento.

- Não se pode aplicar a chamada “teoria da causa madura” se o processo não está em condições de imediato julgamento no Tribunal, dada a ausência de citação da parte ré para apresentar resposta à ação que lhe é movida.

- A jurisprudência desta Corte é pacífica em aplicar o enunciado n. 283/STF, por analogia, ao recurso especial que não ataca especificamente os fundamentos suficientes para manter o acórdão recorrido.

- Recurso especial não conhecido.

(REsp 813.899/RS, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 14.3.2006, DJe 11.5.2006.)

Ademais, “de essencial relevância destacar que a jurisprudência do STJ admite a não aplicação da teoria da causa madura quando for prejudicada a produção de provas pela parte de forma exauriente” (REsp 1.215.368/ES, Relator Ministro *Herman Benjamin*, *Corte Especial*, julgado em 1º.6.2016, DJe 19.9.2016).

Portanto, o acórdão recorrido deve ser reformado para afastar a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC/1973, inexistindo causa madura a permitir o julgamento da demanda diretamente em segundo grau.

Destaco que o Juiz de primeiro grau acolheu a intempestividade dos embargos com base nas peças juntadas pela própria embargante, o que não representa cerceamento do direito de defesa. No entanto, a partir do momento em que o Tribunal de origem decidiu que não se poderia adotar mera “presunção”, concluindo por afastar a intempestividade dos embargos e diante do fato de que tal questão, no presente caso, tem natureza essencialmente probatória, o caminho correto seria determinar o retorno dos autos à origem para o processamento da ação, com a devida instrução por ambas as partes.

Com isso, o retorno do processo ao primeiro grau viabilizará, inclusive, o reexame da tempestividade dos embargos de terceiro, mas à luz também das provas que serão apresentadas e requeridas pela ré.

Diante do exposto, *conheço parcialmente* do recurso e *lhe dou parcial provimento* para afastar a teoria da causa madura e determinar o processamento dos embargos de terceiro em primeiro grau, abrindo-se vista à embargada, ora recorrente, para contestar a ação e participar da instrução completa do feito, cabendo ao magistrado reapreciar, inclusive, a questão pertinente à tempestividade dos embargos à luz dos elementos de convicção que vierem a instruir os autos. Ficam prejudicadas as demais questões apresentadas no recurso especial e não apreciadas nesta assentada.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.561.097-RJ (2015/0071090-3)**

---

Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região)

Relator para o acórdão: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: P G P L

Advogados: Eduardo Saul Marques Stoliar - RJ122613

Mariana Megre e outro(s) - RJ158214

Recorrido: S L L (menor)

Repr. por: C L A L

Advogados: Paulo Malta Lins e Silva e outro(s) - RJ015880

João Paulo Lins e Silva - RJ094728

Eduardo Rodolpho Martins Ferreira de Carvalho e outro(s) - RJ187243

---

**EMENTA**

Recurso especial (art. 105, inc. III, “a”, da CRFB/1988). Autos de agravo de instrumento na origem. Ação de oferta de alimentos. Participação nos lucros e resultados. Integração na base de cálculo da verba alimentar. Acréscimo patrimonial decorrente do contrato de trabalho, apto ao incremento da possibilidade do alimentante.

Insurgência do autor/devedor.

*Hipótese:* definir se a participação nos lucros e resultados integra a base de cálculos dos alimentos, fixados, em sede de ação de oferta de alimentos, no equivalente a 20% do salário líquido do demandante.

1. Ausência de violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, na medida em que o aresto estadual se encontra devida e suficientemente fundamentado, apenas tendo adotado tese contrária à pretensão declinada pela parte ora recorrente.

2. O título executivo, ao fornecer os parâmetros para sua interpretação, dispôs como base de cálculo *o salário líquido*, esse entendido como os valores brutos auferidos pelo empregado, subtraídos apenas os descontos da previdência e do imposto de renda. Ao se proceder à leitura da sentença, infere-se que o termo *salário* foi utilizado como equivalente às expressões *rendimentos* e *ganhos*.

2.1 A verba recebida a título de participação nos lucros objetiva estimular a produtividade do empregado, pois esse terá seus vencimentos ampliados na medida em que produza mais, tratando-se, portanto, de rendimento decorrente da relação de emprego. Desse modo, a circunstância de a referida verba, nos termos do art. 7º, inc. XI, CRFB/1988 não poder ser considerada para efeito de incidência de ônus sociais, trabalhistas, previdenciários, não impede que seja considerada como base de cálculo para se aferir o *quantum* devido a título de alimentos. Precedentes.

2.2 Assim, para fins de apuração do valor relativo aos alimentos, deve ser reconhecida a natureza salarial/remuneratória da verba em questão, porquanto inegavelmente implica acréscimo em uma das variáveis do binômio da prestação alimentar, isto é, na *possibilidade do alimentante*, devendo os valores auferidos a tal título integrar a base de cálculo da prestação alimentar.

3. *Recurso especial desprovido.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi negando provimento ao recurso especial, divergindo do relator, e o voto do Ministro Luis Felipe Salomão no mesmo sentido, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti acompanhando o relator, e o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando a divergência, por maioria, *negar* provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente do Ministro Marco Buzzi.

Vencidos o relator e a Ministra Maria Isabel Gallotti. Votaram com o Sr. Ministro Marco Buzzi os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Antonio Carlos Ferreira (Presidente).

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): Os autos dão conta de que, na origem, P. G. P. L. ajuizou ação de oferta de alimentos em favor de sua filha, S. L. L. O pedido foi julgado procedente em parte, fixando-se a pensão alimentícia mensal “no equivalente a 20% do seu salário líquido, assim considerados os valores brutos, menos os descontos da previdência e IR e mais o plano de saúde por ele ofertado” (fls. 7/10, Apenso 1).

Iniciado o cumprimento da sentença, a alimentanda, representada por sua genitora, peticionou nos autos, noticiando o recebimento, pelo alimentante, de valores a título de participação nos lucros em março/2012 e março/2013, bem como a não incidência dos descontos devidos a título de pensão sobre as referidas verbas. Requereu a expedição de ofício ao órgão empregador para que informasse o respectivo valor e os motivos pelos quais não efetuados os descontos relativos aos alimentos, assim como a determinação para que os descontos recaiam sobre todos os ganhos do devedor (fls. 15/16, Ap. 1), o que foi deferido pelo MM. Magistrado de piso (fl. 4, Ap. 1).

Contra a decisão foi interposto agravo de instrumento, indeferido monocraticamente pelo il. Desembargador Relator (fls. 13/17), nos termos da decisão assim ementada:

Agravo de instrumento. Oferecimentos de alimentos. Elementos constantes dos autos que demonstram que a quantia fixada atende ao binômio necessidade/possibilidade. O percentual correspondente à pensão alimentícia deve incidir sobre a verba denominada participação nos lucros e resultados percebida pelo alimentante. Cabimento. Precedentes do TJRJ.

Seguimento negado com base no art. 557 do CPC.

A decisão foi mantida pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, estando o respectivo acórdão assim ementado:

*Agravo interno. Agravo de instrumento. Agravo do art. 557, § 1º do CPC, interposto contra decisão monocrática deste Relator que, confirmou a decisão do Juízo 'a quo' e negou seguimento ao recurso, na forma do art. 557 do CPC, por manifestamente improcedente. Recurso improvido. (fl. 36)*

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 46/50).

Daí o presente recurso especial, interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, apontando violação dos arts. 467, 471 e 535, II, do Código de Processo Civil.

Alega o recorrente, em síntese, ofensa à coisa julgada. Afirma que a participação nos lucros e resultados não integra o salário do trabalhador e que, “sendo a sentença límpida ao delimitar a base de cálculo dos alimentos ao *salário* do alimentante, não há que se falar, por óbvio, de desconto de alimentos sobre verbas que não integram a remuneração” (fl. 58).

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 75).

Inadmitido na origem (fls. 84/88), o agravo interposto foi provido para melhor exame da matéria (fls. 140/142).

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 127/134).

É o relatório.

#### **VOTO VENCIDO**

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) (Relator): O recurso será examinado à luz do Enunciado n. 2 do Plenário do STJ, nos seguintes termos: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”

A questão controvertida posta no recurso especial cinge-se a determinar se os valores recebidos a título de participação nos lucros e resultados integram ou não a base de cálculo dos alimentos fixados em percentual sobre o salário do alimentante.

No caso dos autos, a pensão alimentícia foi fixada “no equivalente a 20% do seu salário líquido, assim considerados os valores brutos, menos os descontos da previdência e IR e mais o plano de saúde por ele ofertado” (fls. 7/10, Apenso 1).

O Tribunal de origem, ao examinar a questão, decidiu nos seguintes termos:

Não se pode olvidar, a boa qualificação profissional do alimentante - funcionário do BNDES - a cuja remuneração acresce-se a participação sobre os lucros da empresa.

Compõe a pensão alimentícia também os valores percebidos a título de participação nos lucros, ante o seu caráter remuneratório, como, aliás, já sumulado por este Tribunal de Justiça no verbete n. 250: "O percentual correspondente à pensão alimentícia deve incidir sobre a verba denominada participação nos lucros e resultados percebida pelo alimentante." *Referência:* Processo Administrativo n. 0032042 20.2011.8.19.0000 Julgamento em 12.09.2011 Relator: Desembargador Maurício Caldas Lopes. Votação unânime.

A participação nos lucros integra, sim, a base de cálculo dos alimentos, dado ao seu caráter eminentemente remuneratório. (fls. 14/15)

O recorrente, no entanto, afirma que a participação nos lucros e resultados não integra o seu salário e que, "sendo a sentença límpida ao delimitar a base de cálculo dos alimentos ao *salário* do alimentante, não há que se falar, por óbvio, de desconto de alimentos sobre verbas que não integram a remuneração" (fl. 58).

A questão é polêmica e tem despertado debates, não havendo ainda, entre as Turmas que compõem a eg. Segunda Seção, consenso a respeito do tema, conforme se observa pelos seguintes precedentes da Terceira e da Quarta Turma:

Civil. Processual Civil. Família. Alimentos. Inclusão dos valores percebidos pelo devedor a título de participação em lucros e resultados nos alimentos devidos à alimentada. Impossibilidade e desnecessidade.

1 - Ação distribuída em 11.8.2008. Recurso especial interposto em 06.3.2013 e atribuído à Relatora em 25.8.2016.

2 - *O propósito recursal é definir se deve ser incorporado à prestação alimentar devida à alimentada o valor percebido pelo alimentante a título de participação nos lucros e resultados.*

3 - *O ordenamento jurídico reiteradamente desvincula a participação nos lucros e resultados da empresa do salário ou da remuneração habitualmente recebida, tipificando-a como uma bonificação de natureza indenizatória, eventual e dependente do desenvolvimento e do sucesso profissional no cumprimento das metas estabelecidas. Inteligência do art. 7º, XI, da Constituição Federal e do art. 3º da Lei n. 10.101/2000. Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho.*

4 - *A percepção, pelo alimentante, de valores adicionais e eventuais não impacta, em regra, na redefinição do valor dos alimentos a serem prestados, ressalvadas as situações em que as necessidades do alimentado não foram inicialmente satisfeitas ou sofreram alterações supervenientes que justificam a readequação do valor.*

5 - *Supridas as necessidades do alimentado pelo valor regularmente fixado, não há motivo para que o aumento dos rendimentos do alimentante reflita-se imediata e diretamente no valor destinado aos alimentos, sobretudo quando os acréscimos são eventuais e originados exclusivamente do desenvolvimento e do cumprimento de metas profissionais.*

6. Recurso especial provido.

(REsp 1.465.679/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 17.11.2017)

Civil. Processual Civil. Família. Alimentos provisórios. Fixação do valor e percentual sobre o salário. Incidência sobre verbas não remuneratórias. Possibilidade.

1. Recurso especial voltado para determinar se os alimentos provisórios, fixados em percentual sobre os rendimentos líquidos do alimentante, incluem adicionais, abonos e participação nos lucros.

2. Questão que ultrapassa o óbice do Enunciado de n. 7 da Súmula do STJ, pois se limita em dizer se os alimentos provisórios, provisionais ou *pro tempore*, estão calcados, tão-só, na necessidade dos alimentados ou também abarcam cota de sucesso financeiro do alimentante.

3. *As variações positivas na remuneração total do alimentante, de regra, não terão impacto no valor dos alimentos, salvo se as necessidades do alimentado, constatadas inicialmente, não tiverem sido supridas integralmente, ou ainda, quando houver superveniente alteração no elemento necessidade.*

4. *Supridas as necessidades legalmente preconizadas pelo valor já pago, e não sendo os alimentos provisórios, provisionais ou pro tempore, cota de participação no sucesso do alimentante, razão não há para que o aumento dos rendimentos do alimentante, mormente aqueles oriundos de verbas não regulares, tenha reflexos proporcionais no monte destinado aos alimentos.*

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.261.247/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 26.4.2013)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Pensão alimentícia. Base de cálculo. Participação nos lucros.

1. Nas razões do agravo interno em apreço, a parte ora agravante não refutou especificamente os fundamentos, no tocante ao tema da preclusão, uma vez que nada argumentou no sentido de afastar a aplicação da Súmula 284/STF.

2. *De acordo com precedentes, as parcelas percebidas a título de "participação nos lucros" configuram rendimento, devendo integrar a base de cálculo da pensão fixada em percentual, uma vez que o conceito de rendimentos é amplo, mormente para fins de cálculo de alimentos.*

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.070.204/SE, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, DJe de 25.9.2017)

Processo Civil. Direito de Família. Recurso especial. Não configuração de violação ao art. 535 do CPC. Execução de obrigação alimentar. Base de cálculo. Décimo terceiro salário. Participação nos lucros e resultados. Aviso prévio. Compensação. Impossibilidade. Não ocorrência de enriquecimento ilícito.

1. Não houve ofensa ao artigo 535 do CPC, porquanto, embora rejeitados os embargos de declaração, os pontos essenciais ao deslinde da controvérsia foram efetivamente analisados pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão do recorrente.

2. Os alimentos arbitrados em valor fixo devem ser analisados de forma diversa daqueles arbitrados em percentuais sobre “vencimento”, “salário”, “rendimento”, “provento”, entre outros ad valorem. No primeiro caso, a dívida consolida-se com a fixação do valor e periodicidade em que deve ser paga, não se levando em consideração nenhuma outra base de cálculo. (REsp 1.091.095/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.04.2013, DJe 25.04.2013).

3. No caso, os descontos realizados sobre o décimo terceiro salário percebido nos anos de 2002 e 2003 ocorreram durante o período em que a obrigação alimentar tinha sido arbitrada no valor fixo de 4,5 salários mínimos (de julho/2002 a maio/2004). Dessarte, tendo o juízo singular fixado o valor da obrigação em montante fixo, sem proceder a ressalva alguma, a dívida alimentar deve necessariamente observar tal diretriz, excluindo-se, portanto, a referida parcela.

4. *A desvinculação da participação nos lucros operada pela Constituição da República de 1988, em seu art. 7º, inc. XI, não teve o condão de alterar a essência dessa rubrica a ponto de descaracterizá-la, tendo objetivado primordialmente incentivar a sua utilização pelos empregadores, desonerando-os quanto à integração do seu valor ao salário e ao pagamento de diferenças reflexas em outras parcelas trabalhistas, além dos encargos sociais.*

5. *Dessarte, a despeito dessas verbas serem desvinculadas do conceito de remuneração, configuram-se como rendimento, porquanto geram acréscimo patrimonial, devendo integrar a base de cálculo dos alimentos.*

6. *No caso concreto, o montante percebido a título de participação nos lucros sofreu a incidência da pensão alimentícia em janeiro de 2005, quando prevista a pensão em 55% dos rendimentos brutos do recorrente, de modo que absolutamente factível tal desconto, haja vista que essa parcela se encontra encartada no conceito de rendimento; mormente em razão de a decisão da revisional ter determinado como base de cálculo dos alimentos os rendimentos líquidos, com exclusão tão somente dos descontos relativos ao imposto de renda e à previdência social (fl. 356).*

7. O aviso prévio consiste, em última instância, no pagamento efetuado pelo empregador ao empregado pela prestação de serviços durante o restante do contrato de trabalho ou à indenização substitutiva pelo seu não cumprimento por qualquer das partes. Em ambas as hipóteses - natureza salarial ou indenizatória -, trata-se de verba rescisória, razão pela qual não incide o desconto da pensão alimentícia, ressalvada disposição transacional ou judicial em sentido contrário (*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*).

8. No presente feito, houve decisão judicial expressa determinando o desconto de 55% do total das verbas rescisórias, com fundamento na postura recalcitrante do recorrente em pagar a pensão devida.

9. Os valores pagos a título de alimentos, via de regra, não são suscetíveis de compensação, ressalvadas hipóteses excepcionais, em que configurado o enriquecimento sem causa do alimentando, o que não ocorre no presente feito, porquanto o recorrido ostenta condição de saúde especial, realmente necessitando de cuidados extraordinários que demandam despesa consideravelmente maior.

10. *In casu*, não obstante indevidos os descontos perpetrados sobre o 13º salário, é certa a sua incompatibilidade com prestações posteriores.

11. Ressalva dos Ministros Maria Isabel Gallotti e Raul Araújo quanto à incidência da pensão alimentícia sobre a rubrica denominada participação nos lucros apenas quando comprovada a necessidade do alimentando, o que, no caso dos autos, foi devidamente demonstrada.

12. Recurso especial não provido.

(REsp 1.332.808/SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, DJe de 24.2.2015)

*Embargos de declaração em agravo de instrumento. Expediente manejado com nítido e exclusivo intuito infringencial. Recebimento do reclamo como agravo regimental. **Pensão alimentícia. Alimentante beneficiário de gratificação a título de participação nos lucros de sociedade empresária. Evidente caráter remuneratório da verba. Correta incidência na base de cálculo da pensão alimentícia.** Recurso não provido. (EDcl no Ag 1.214.097/RJ, Rel. Ministro *Marco Buzzi*, Quarta Turma, DJe de 21.11.2011).*

Mesmo no âmbito da Quarta Turma, não obstante os julgados citados, o entendimento não se encontra consolidado, conforme se verifica pela ressalva expressa dos em. Ministros *Raul Araújo* e *Isabel Gallotti* no REsp 1.332.808/SC, razão pela qual trago novamente à Turma o conhecimento da questão.

Como bem observado pelo em. Ministro *Luis Felipe Salomão* no voto condutor do citado julgado, “os alimentos arbitrados em valor fixo devem

ser analisados de forma diversa daqueles estabelecidos em percentuais sobre ‘vencimento’, ‘salário’, ‘rendimento’, ‘provento’, dentre outros ad valorem, mostrando-se essencial, no último caso, o conhecimento sobre a exata extensão de sua base de cálculo”.

Entretanto, diversamente do entendimento esposado por S. Exa., penso que os valores recebidos a título de participação nos lucros não configuram salário.

Na esteira da ressalva apresentada pela Ministra *Isabel Gallotti* naquele mesmo julgamento - entendimento que foi também manifestado no REsp 1.098.585/SP, no qual ficou vencida -, tenho que, em se tratando de verba alimentar fixada em percentual sobre o salário do alimentando, como no caso dos autos, a participação nos lucros, em princípio, não deve integrar a base de cálculo dos alimentos. Salvo se expressamente assim for acertado no momento de sua fixação ou, conforme ressaltado pela Ministra *Isabel*, ficar demonstrada a insuficiência dos alimentos regularmente fixados, em ação revisional.

Com efeito, cuidando-se de ganho eventual, os valores recebidos a título de participação dos lucros, como se sabe, não integram o salário, não ostentando caráter salarial.

Nesse sentido, o voto condutor proferido pela em. Ministra *Nancy Andrighi* no REsp 1.465.679/SP, já citado, do qual se colhe o seguinte excerto:

A solução acerca da possibilidade de incorporação da participação nos lucros e resultados aos alimentos devidos à menor, especialmente quando fixados em um determinado percentual sobre os vencimentos do alimentante, depende, em primeiro lugar, do exame da natureza jurídica da referida verba, tendo em vista que, se porventura constatado que o valor percebido possui natureza salarial, deverá, em regra, ser incorporado ao percentual equivalente nos alimentos regularmente prestados ao credor.

[...]

Inicialmente, verifica-se que o art. 7º, XI, da Constituição Federal, expressamente desvincula a participação nos lucros e resultados da remuneração percebida pelo trabalhador:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração.

Além disso, anote-se que o Tribunal Superior do Trabalho fixou o entendimento de que o valor pago a título de participação em lucros e resultados tem natureza

*indenizatória e, ainda que paga em periodicidade diversa daquela estipulada na legislação de regência, não se transmuda em salário ou remuneração.* Nesse sentido, confira-se:

Participação nos lucros. Pagamento parcelado. Previsão em acordo coletivo. Validade.

Não merece reparos a decisão do Regional que manteve a natureza jurídica indenizatória da participação nos lucros, dando plena validade ao acordo coletivo que estabeleceu o seu pagamento de forma parcelada. A atual jurisprudência desta Corte Superior, consagrada no julgamento do E-RR-1903/2004-465-02-00.7, em 28.05.2009, concluiu que, apesar da vedação legal imposta pela Lei n. 10.101/2000, o parcelamento mensal da participação nos lucros, convencionada em instrumento coletivo, não autoriza a transmutação da natureza jurídica da parcela. Precedentes da SBDI-1. Não conhecido. (RR n. 160400-28.2007.5.02.0465, 5ª Turma, DEJT 18.03.2011).

*Ademais, o próprio art. 3º da Lei n. 10.101/2000, invocado pelo recorrente para sustentar o desacerto do acórdão recorrido, estabelece, em sintonia com o texto constitucional, que a participação nos lucros e resultados da empresa não substitui ou complementa a remuneração devida ao trabalhador, não se configura em fator de incidência de quaisquer encargos trabalhistas e, diferentemente do que fora consignado no acórdão recorrido, não tem caráter habitual.*

Dessa forma, em se tratando de parcela que não se relaciona com o salário ou com a remuneração percebida pelo recorrente, não há que se falar em incorporação automática desta bonificação aos alimentos prestados à menor, sobretudo porque nada indica, na espécie, que seja o valor estipulado insuficiente tendo como base os vencimentos líquidos e regulares do recorrente. (grifos acrescidos).

Não se desconhece o entendimento das Turmas de Direito Público desta Corte quanto ao caráter remuneratório dessa verba, em razão do acréscimo patrimonial que proporciona, para fins de incidência do Imposto de Renda. A propósito:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Imposto de Renda de Pessoa Física. Incidência sobre a participação dos empregados nos lucros da empresa. Artigo 3º, § 5º da Lei n. 10.101/2000. Legalidade. Precedentes.

1. Não há falar em violação do art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem analisa a tese objeto do recurso especial, ainda que implicitamente.

2. A jurisprudência das Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça está sedimentada no sentido de que a participação nos lucros da empresa paga aos

*empregados têm caráter remuneratório, pois importam em acréscimo patrimonial, constituindo fato gerador do imposto de renda.*

3. Recurso especial não provido.

(REsp 851.638/RS, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Segunda Turma, DJe de 6.8.2008).

Não obstante isso, a participação nos lucros e rendimentos, por sua natureza esporádica, incerta e não habitual, não pode ser compreendida nos conceitos de salário, vencimento ou provento.

Não se questiona, por óbvio, a incidência da pensão alimentícia sobre o 13º salário e o terço constitucional de férias, por exemplo, já sedimentada em sede de julgamento de recurso especial repetitivo (REsp 1.106.654/RJ), uma vez que certas e habituais, ostentando, efetivamente, caráter salarial.

O mesmo não se verifica, entretanto, em se tratando de valores extraordinários e incertos, recebidos em caráter eventual.

Nesses termos, salvo melhor juízo, os alimentos, quando fixados em percentual incidente sobre o salário/remuneração mensal do devedor, incidem somente sobre a sua remuneração ordinária, não alcançando, em princípio, valores eventuais. Salvo se, conforme já dito, expressamente definido no momento da fixação ou, em ação revisional, ficar demonstrada, ante a insuficiência dos alimentos regularmente pagos, a necessidade de inclusão das verbas excepcionais, o que não é o caso.

Na espécie, portanto, tendo os alimentos sido fixados em 20% sobre o salário líquido do alimentante, a inclusão, no cálculo da pensão alimentícia, de verba eventualmente recebida pelo devedor, a título de participação nos lucros e resultados, é indevida, representando, efetivamente, ofensa à coisa julgada.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para determinar a exclusão dos valores recebidos a título de participação nos lucros da base de cálculo da pensão alimentícia.

É como voto.



## VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Com a devida vênia da divergência, acompanho o eminente Relator, porque estabelecido nos autos que a condenação, tal como, reiteradamente, proclama o recorrente, foi a um percentual sobre o

salário líquido do recorrente, com o que não se confunde essa verba participação no lucro da empresa, conforme a legislação de regência e a própria Constituição Federal. Houvesse sido previsto como base de cálculo ganhos líquidos, a meu ver, seria mais relevante o entendimento do acórdão recorrido de que, de fato, se trataria de um ganho, mas o que foi estabelecido foi salário líquido. Não vejo como se considerar, *data maxima venia*, que estivesse incluído nessa previsão de um percentual sobre um salário líquido uma verba incerta de participação no lucro da empresa. Verba essa que, naturalmente, tem relação com apenas um dos aspectos do binômio possibilidade/necessidade.

Como bem enfatizado pelo voto-vista do Ministro Marco Buzzi, se ele recebeu essa importância de participação no lucro da empresa, é certo que houve um incremento de suas possibilidades, mas nada se pode dizer da alteração das necessidades da alimentada. E os alimentos, sobretudo os alimentos entre pais e filhos, são vinculados não apenas às possibilidades do alimentante, mas também às necessidades do alimentado.

No caso, portanto, como não vejo que o recebimento dessa participação no lucro tivesse algum reflexo relacionado à necessidade da alimentada, e não estando tal previsto, expressamente, na decisão judicial transitada em julgado, adiro ao voto do Relator com a devida vênua da divergência.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *P. G. P. L.*, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na origem, o ora recorrente interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão - proferida nos autos de *ação de oferta de alimentos*, cujo pedido foi julgado parcialmente procedente, em sentença transitada em julgado - na qual se deferiu a expedição de ofício ao seu empregador, com a determinação para realização de desconto no percentual 20% (vinte por cento) em relação aos valores recebidos a título de participação de lucros.

Requeru, ao final, a reforma da decisão agravada, a fim de que o desconto em folha de pagamento, relativamente aos alimentos, atenda aos exatos termos da sentença, tendo como base de cálculo apenas o salário, excluindo-se a participação nos lucros.

Em decisão monocrática, o relator do agravo de instrumento negou-lhe provimento, sob o fundamento de que a “participação nos lucros integra, sim, a base de cálculo dos alimentos, dado ao seu caráter eminentemente remuneratório”, em *decisum* assim ementado:

Agravo de instrumento. Oferecimento de alimentos. Elementos constantes dos autos que demonstram que a quantia fixada antende ao binômio necessidade/possibilidade. O percentual correspondente à pensão alimentícia deve incidir sobre a verba denominada participação nos lucros e resultados percebida pelo alimentante.

Cabimento. Precedentes do TJRJ.

Seguimento negado com base no art. 557 do CPC. (fl. 13, e-STJ)

A citada deliberação foi mantida em sede de agravo interno e mesmo após a oposição de aclaratórios, em acórdãos às fls. 35-38 e 46-50, e-STJ, cuja impugnação se faz por meio do presente apelo extremo.

Nas razões do recurso especial (fls. 55-68, e-STJ), aponta o insurgente a existência de violação aos artigos 467, 471 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973. Sustenta, preliminarmente, a configuração de negativa de prestação jurisdicional. No mérito recursal, assevera que a participação nos lucros e resultados não integra o salário do trabalhador, bem assim que o título exequendo foi claro ao delimitar a base de cálculo dos alimentos ao salário do alimentante, não havendo falar em desconto de alimentos sobre verbas que não integram a remuneração.

O e. Relator, em seu judicioso voto, dá provimento ao apelo extremo para “determinar a exclusão dos valores recebidos a título de participação nos lucros da base de cálculo da pensão alimentícia”, sob o fundamento de que “os alimentos, quando fixados em percentual incidente sobre o salário/remuneração mensal do devedor, incidem somente sobre a sua remuneração ordinária, não alcançando, em princípio, valores eventuais. Salvo se, conforme já dito, expressamente definido no momento da fixação ou, em ação revisional, ficar demonstrada, ante a insuficiência dos alimentos regularmente pagos, a necessidade de inclusão das verbas excepcionais, o que não é o caso. Na espécie, portanto, tendo os alimentos sido fixados em 20% sobre o salário líquido do alimentante, a inclusão, no cálculo da pensão alimentícia, de verba eventualmente recebida pelo devedor, a título de participação nos lucros e resultados, é indevida, representando, efetivamente, ofensa à coisa julgada.”

Diante da relevância da matéria e, outrossim, diante da citação de precedente de minha relatoria, formulei pedido de vista.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): Após acurado exame dos autos, seguindo o entendimento manifestado em anteriores julgamentos, com a devida vênia do relator, no mérito, dele divirjo, a fim de negar provimento ao recurso especial, ante as razões a seguir expostas.

1. Afasta-se, preliminarmente, a alegação de ofensa ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, na medida em que o aresto estadual se encontra devida e suficientemente fundamentado, apenas tendo adotado tese contrária à pretensão declinada pela parte ora recorrente, o que não consubstancia quaisquer dos vícios elencados no dispositivo apontado como malferido.

De fato, entendeu a Corte local que os alimentos fixados em percentual sobre o salário/remuneração líquidos devem englobar a verba recebida a título de participação nos lucros.

Desse modo, não há falar em negativa de prestação jurisdicional e, em consequência, em nulidade do aresto proferido pela Corte local.

2. No mérito recursal, cinge-se a controvérsia instaurada por meio do recurso especial a definir se a participação nos lucros integra a base de cálculos dos alimentos, fixados, em sede de ação de oferta de alimentos, “no equivalente a 20% do [...] salário líquido [do alimentante], assim considerados os valores brutos, menos os descontos da previdência e IR e mais o plano de saúde por ele ofertado, vinculados ao empregador ou outro particular de mesmo padrão, no caso de supressão do benefício trabalhista” (fl. 9-10, e-STJ - apenso 1).

Ao interpretar a norma jurídica individualizada na parte dispositiva da sentença, o Tribunal de origem consignou que a participação sobre os lucros da empresa (BNDES) acresce à remuneração do alimentante, e, diante de seu caráter remuneratório, deve sim integrar a base de cálculo dos alimentos.

Cumprido pontuar, desde o início, que o título executivo, ao fornecer os parâmetros para sua interpretação, dispôs como base de cálculo “o *salário líquido*”, esse entendido como os valores brutos auferidos pelo empregado,

subtraídos apenas os descontos da previdência e do imposto de renda. Ainda, ao se proceder à leitura da sentença, acostada às fls. 7-10, e-STJ, infere-se que o termo *salário* foi utilizado como equivalente às expressões *rendimentos e ganhos*.

A propósito, cita-se o seguinte trecho da fundamentação: “segundo a regra de experiência comum, em conformidade com o padrão para a idade e camada social em que se insere a família da criança, parece ser razoável que sejam os alimentos fixados em 20% dos *rendimentos líquidos do autor*, mais o plano de saúde fornecido por seu empregador”.

Fixadas essas premissas em relação ao título executivo, que adotou um conceito amplo de salário, equivalente a rendimentos, passando-se ao exame propriamente dito da controvérsia, ressalta-se, assim como feito pelo e. relator, que a temática ainda não possui um enfrentamento uniforme pelas Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte Superior, havendo julgados, mencionados em seu voto, em ambos os sentidos.

Entretanto, conforme posicionamento exarado nos *embargos de declaração* - recebidos como agravo regimental - *no agravo de instrumento n. 1.214.097/RJ*, por mim relatado, a verba recebida a título de participação nos lucros objetiva estimular a produtividade do empregado, visto que esse terá seus vencimentos ampliados na medida em que produza mais, tratando-se, portanto, de *rendimento* decorrente da relação de emprego.

O julgado em questão ficou assim ementado:

*Embargos de declaração em agravo de instrumento. Expediente manejado com nítido e exclusivo intuito infringencial. Recebimento do reclamo como agravo regimental. **Pensão alimentícia. Alimentante beneficiário de gratificação a título de participação nos lucros de sociedade empresária. Evidente caráter remuneratório da verba. Correta incidência na base de cálculo da pensão alimentícia.** Recurso não provido.*

(EDcl no Ag 1.214.097/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 08.11.2011, DJe 21.11.2011; grifou-se)

A participação nos lucros, as gratificações, os prêmios ou vantagens remuneradas, constituem-se liberalidades do empregador, que não deixam de integrar o patrimônio remuneratório do empregado. A sua percepção beneficia a família, não importando que seja variável, porque dependente do desempenho pessoal do trabalhador e dos resultados financeiros e comerciais do empregador.

Inegavelmente, o auferimento da participação de lucros, embora não habitual, integra a remuneração e reflete na possibilidade de sustento familiar,

não havendo falar em natureza indenizatória, até porque não visa a ressarcir o empregado de algum dano, mas se destina a incentivar a sua produtividade.

Assim, não obstante o que dispõe o artigo 7º, inciso XI, da CF/1988, isto é, ser direito dos trabalhadores a “participação nos lucros ou resultados, desvinculada da remuneração”, infere-se que tal previsão dirige-se essencialmente aos aspectos trabalhistas, previdenciários e demais ônus sociais, objetivando a desoneração dos empregadores e, por conseguinte, ao seu estímulo no que concerne às suas iniciativas em benefício da evolução das relações de trabalho.

Conforme pondera Celso Ribeiro Bastos, sob a égide da Constituição de 1946 - que inaugurou a previsão acerca da garantia de participação nos lucros e resultados -, para grande parte da doutrina, o obstáculo maior para a efetivação desse direito “consistiu na definição da natureza jurídica das quantias a serem pagas a título de participação nos lucros, [...], uma vez que os empregadores não tinham condições de suportar os ônus decorrentes dos encargos sociais incidentes sobre as quantias distribuídas”.

Acrescenta o autor, ainda, que a Constituição da República, de 1988, ao desvincular tal verba da remuneração visou à facilitação de sua implementação; “isto porque desaparece a antiga razão obstativa, consistente na confusão, para incidência de ônus, entre os salários e os lucros distribuídos”. (**Comentários à Constituição do Brasil**. 2º v., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 444-445)

Desse modo, a circunstância de a referida verba não poder ser considerada para efeito de incidência de ônus sociais, trabalhistas, previdenciários, não impede que seja considerada como base de cálculo para se aferir o *quantum* devido a título de alimentos, fixados sobre a “remuneração líquida”, “salário líquido”, “rendimentos líquidos”.

Conforme destacado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, quando do julgamento do *Recurso Especial n. REsp 1.332.808/SC, julgado em 18.12.2014, DJe 24.02.2015*:

Para além da discussão acerca da natureza jurídica da verba para efeitos trabalhistas e fiscais, é importante ter em vista a base legal para a fixação dos alimentos, seus princípios e valores subjacentes, os quais conduzem, invariavelmente, à apreciação do binômio necessidade-possibilidade. Vale dizer, se a supressão ou acréscimo de verbas na remuneração do alimentante tiver aptidão para alterar as possibilidades do devedor, tudo indica que esses valores farão parte da base de cálculo dos alimentos sempre que fixados em percentual sobre os rendimentos, ressalvando-se disposição transacional em sentido diverso.

E, nessa esteira, haverá um acréscimo nas possibilidades alimentares do devedor, hipótese em que, via de regra, deverá o alimentando perceber também algum incremento da pensão, ainda que de forma transitória, haja vista que o pagamento de participação nos lucros fica condicionado à existência de lucratividade.

Dessa forma, com base em tais premissas e para fins de apuração do valor relativo aos alimentos, deve ser reconhecida a natureza salarial/remuneratória da verba em questão, porquanto inegavelmente implica um acréscimo em uma das variáveis do binômio da prestação alimentar, isto é, na *possibilidade do alimentante*. Com efeito, deverão os valores percebidos a tal título integrar a base de cálculo da prestação alimentar.

Pontua-se, ainda, que a Primeira Seção desta Corte Superior possui entendimento no sentido de que, para fins de incidência do imposto de renda, a aludida verba detém nítido caráter remuneratório, afastada a natureza indenizatória.

A propósito, citam-se os seguintes julgados:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tributário. Imposto de Renda de Pessoa Física. Incidência da exação sobre a participação nos lucros e resultados paga aos empregados. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo regimental desprovido.

1. *Esta egrégia Corte Superior se manifestou pela incidência do imposto de renda sobre a participação nos lucros da empresa paga aos empregados, porquanto possuem caráter remuneratório e, não, indenizatório, pois importa em acréscimo patrimonial, constituindo fato gerador desse imposto.*

2. Agravo Regimental desprovido

(AgRg no AREsp 188.982/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27.11.2012, DJe 04.12.2012; grifou-se)

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Imposto de Renda de Pessoa Física. Incidência sobre a participação dos empregados nos lucros da empresa. Artigo 3º, § 5º da Lei n. 10.101/2000. Legalidade. Precedentes.

1. Não há falar em violação do art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem analisa a tese objeto do recurso especial, ainda que implicitamente.

2. A jurisprudência das Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça está sedimentada no sentido de que a participação nos lucros da empresa paga aos empregados têm caráter remuneratório, pois importam em acréscimo patrimonial, constituindo fato gerador do imposto de renda.

3. Recurso especial não provido. (REsp 851.638/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.06.2008, DJe 06.08.2008)

Repise-se, por oportuno, que o entendimento acerca da integração da participação nos lucros na base de cálculo dos alimentos, - porque geram acréscimo patrimonial decorrente do contrato de trabalho -, foi reiterado pela Quarta Turma, ainda que com as ressalvas feitas pela Ministra Maria Isabel Gallotti e Ministro Raul Araújo, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.332.808/SC, supramencionado, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão (julgado em 18.12.2014).

O aresto em questão ficou assim ementado:

Processo Civil. Direito de Família. Recurso especial. Não configuração de violação ao art. 535 do CPC. Execução de obrigação alimentar. Base de cálculo. Décimo terceiro salário. Participação nos lucros e resultados. Aviso prévio. Compensação. Impossibilidade. Não ocorrência de enriquecimento ilícito.

[...]

2. *Os alimentos arbitrados em valor fixo devem ser analisados de forma diversa daqueles arbitrados em percentuais sobre "vencimento", "salário", "rendimento", "provento", entre outros ad valorem. No primeiro caso, a dívida consolida-se com a fixação do valor e periodicidade em que deve ser paga, não se levando em consideração nenhuma outra base de cálculo.* (REsp 1.091.095/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.04.2013, DJe 25.04.2013).

[...]

4. A desvinculação da participação nos lucros operada pela Constituição da República de 1988, em seu art. 7º, inc. XI, não teve o condão de alterar a essência dessa rubrica a ponto de descaracterizá-la, tendo objetivado primordialmente incentivar a sua utilização pelos empregadores, desonerando-os quanto à integração do seu valor ao salário e ao pagamento de diferenças reflexas em outras parcelas trabalhistas, além dos encargos sociais.

5. *Dessarte, a despeito dessas verbas serem desvinculadas do conceito de remuneração, configuram-se como rendimento, porquanto geram acréscimo patrimonial, devendo integrar a base de cálculo dos alimentos.*

6. No caso concreto, o montante percebido a título de participação nos lucros sofreu a incidência da pensão alimentícia em janeiro de 2005, quando prevista a pensão em 55% dos rendimentos brutos do recorrente, de modo que absolutamente factível tal desconto, haja vista que essa parcela se encontra encartada no conceito de rendimento; mormente em razão de a decisão da revisional ter determinado como base de cálculo dos alimentos os rendimentos líquidos, com exclusão tão somente dos descontos relativos ao imposto de renda e à previdência social (fl. 356).

[...]

11. Ressalva dos Ministros Maria Isabel Gallotti e Raul Araújo quanto à incidência da pensão alimentícia sobre a rubrica denominada participação nos

lucros apenas quando comprovada a necessidade do alimentando, o que, no caso dos autos, foi devidamente demonstrada.

12. Recurso especial não provido.

(REsp 1.332.808/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18.12.2014, DJe 24.02.2015)

Destacam-se, ainda, os seguintes trechos do voto-vista proferido pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, quais sejam: “no caso dos autos, os alimentos foram arbitrados em percentual sobre os vencimentos brutos, com exclusão apenas dos descontos obrigatórios. O título não oferece, como se vê, nenhum outro parâmetro interpretativo a não ser a própria expressão ‘vencimento brutos’ para balizar a atividade hermenêutica do julgador”. Nessas circunstâncias, a peculiaridade do texto faz sobressair a natureza da PRL como único critério apto a dirimir a controvérsia. Assim, admitindo-se que a verba tem natureza salarial, como bem demonstram as valiosas lições doutrinárias e jurisprudenciais colacionadas pelo ilustre Ministro *Luis Felipe Salomão* em seu voto, é de rigor concluir que tal parcela, por integrar o conceito de ‘vencimentos’, deve ser incluída na base de cálculo da pensão alimentícia”.

Do mesmo modo, no presente caso, tendo em vista que constou da parte dispositiva da sentença a fixação em percentual sobre o salário líquido, *entendido, de forma ampla*, como os valores brutos auferidos pelo empregado, subtraídos apenas os descontos da previdência e do imposto de renda e, ainda, compreendida a natureza remuneratória da participação nos lucros e resultados, ao menos para fins de alimentos, deve ser mantida a conclusão delineada no aresto estadual.

2. Do exposto, com a devida vênia ao relator, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

---

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.635.572-RJ (2010/0173891-2)**

---

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Banco Banerj S/A

Advogados: Armando Miceli Filho e outro(s) - RJ048237  
Gustavo César de Souza Mourão e outro(s) - DF021649  
Recorrido: Contal Projetos Engenharia e Construções S/A  
Advogados: Antonio Vilas Boas Teixeira de Carvalho - DF001120  
Luiz Carlos H de A Maranhão e outro(s) - RJ092586  
Tiago Streit Fontana - DF013457  
Gabriel Cunha Rodrigues e outro(s) - DF035297

---

### EMENTA

Recurso especial. Embargos à execução manejados pelo Banco Banerj S/A contra execução lastreada em título judicial no qual condenado o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A ao reembolso de quantia no percentual de 30% oriunda de rescisão de contrato e compra e venda de terreno. Instâncias ordinárias que asseveraram a ocorrência de cisão parcial da financeira e a expressa previsão no instrumento contratual de compra e venda de ativos, assunção de passivos e outras avenças, dos créditos, direitos, ações e obrigações que não seriam transferidos e, conseqüentemente, assumidos pelo comprador. Responsabilidade solidária estabelecida na origem ante a aplicação do art. 233, *in fine*, da Lei n. 6.404/1976. Irresignação da embargante. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, parcialmente provido, para julgar procedente os embargos à execução, excluindo o Banco Banerj S/A do pólo passivo da execução em razão da ausência de responsabilidade solidária.

*Hipótese:* A controvérsia consiste em aferir a ocorrência de responsabilidade solidária do Banco Banerj S/A por dívida oriunda de título executivo judicial transitado em julgado, no qual condenado o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A à devolução (reembolso) de 30% do valor adimplido, decorrente da resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel.

1. Inocorrente a negativa de prestação jurisdicional quanto à ausência de análise de todas as peculiaridades referentes à ilegitimidade da insurgente no que concerne à verificação do “instrumento particular de compra e venda de ativos, assunção de passivos e outras avenças”, pois o Tribunal *a quo* examinou a controvérsia posta de modo

exauriente, tal como determinado por esta Corte Superior no âmbito do REsp n. 803.854/RJ.

2. Inviável a análise das apontadas violações aos artigos 31 da Lei n. 6.024/1974; 4º, § 1º, do Dec. 92.061/1985 e 6º da Lei n. 9.447/1997, cuja matéria de fundo refere-se à incidência do regime jurídico do PROER/PROES, e sobre o atual patrimônio do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, visto que as teses foram alegadas apenas nos aclaratórios opostos contra o acórdão de fls. 963-970, não sendo cognoscível a irresignação no ponto em razão da inovação recursal.

3. A análise sistemática das cláusulas contratuais procedida pela instância de origem revela que o Banco Banerj S/A não sucedeu de forma universal o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, tendo tão-somente assumindo determinados créditos e dívidas explicitamente discriminados no ajuste avençado, os quais não abarcam os bens imóveis, tampouco as ações e processos judiciais nos quais figurasse o vendedor ou a *Previ-Banerj* no pólo ativo ou passivo. Inaplicabilidade dos óbices das súmulas 5 e 7/STJ face a desnecessidade de revolvimento do acervo fático-probatório.

4. Na hipótese, considerando que a origem da dívida é a devolução de determinada quantia paga para aquisição de um imóvel do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, cuja discussão judicial é anterior à cisão parcial, e não tendo a embargante assumido a obrigação referente a créditos, direitos e obrigações relativas a bens imóveis, tampouco ações e processos judiciais de natureza cível, resta afastada a responsabilidade solidária no caso vertente.

5. Diversamente da conclusão alcançada pelo Tribunal Fluminense, afigura-se inaplicável a solidariedade legal estabelecida no art. 233, *in fine*, da Lei n. 6.404/1976, pois o parágrafo único do mencionado normativo preceitua que o ato de cisão parcial pode estipular a inexistência de solidariedade, respondendo cada sociedade apenas pelas obrigações transferidas na cisão, exatamente como ficou estabelecido no contrato de compra e venda de ativos e assunção de passivos do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A.

6. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, parcialmente provido, para julgar procedente os embargos à execução, excluindo o Banco Banerj S/A do pólo passivo da execução.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *conhecer* parcialmente do recurso e, nesta parte, *dar-lhe* parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

---

DJe 22.2.2018

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Banco Banerj S/A*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no bojo de embargos à execução opostos pela financeira em face de *Contal Projetos Engenharia e Construções Ltda.*

Inferre-se dos autos que o *Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A*, pessoa jurídica distinta do ora insurgente, celebrou promessa de compra e venda de imóvel com a *Contal Projetos Engenharia Construções S/A*, a qual deixou de quitar as últimas parcelas ajustadas, o que ensejou, em 1975, a propositura de ação pelo promitente-vendedor visando à resolução do contrato, à reintegração da posse do imóvel e à decretação da perda do montante pago (67% do valor contratado) a título de perdas e danos.

Em 1990, a *Contal Projetos Engenharia Construções S/A* ajuizou ação, distribuída por dependência àquela já referida, objetivando a manutenção do negócio jurídico, com o comprometimento da instituição financeira em atuar como agente financiadora ou, de forma subsidiária, ser indenizada pelas perdas e danos.

A sentença proferida em 31.07.1992 julgou em conjunto ambas as lides, acolhendo a primeira ação e dando pela improcedência daquela ajuizada pela *Contal*.

Seguiu-se apelação interposta pela *Contal*, provida em dezembro de 1995, na qual a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro condenou o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A a promover a restituição à *Contal* de 30% do preço pago (fls. 662-676).

Após longo debate para a apuração do valor devido, iniciou-se o procedimento executório, momento no qual o **BANCO BANERJ S/A** (ora insurgente) foi chamado ao feito, sob o fundamento de que seria sucessor das obrigações do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A. Efetivada a citação e estando seguro o juízo, foram opostos embargos à execução.

Na petição inicial o embargante alega que não sucedeu o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, pois o negócio celebrado visava unicamente à transferência dos ativos e passivos relacionados *no contrato*, havendo ressalva expressa no instrumento no sentido de que não haveria sucessão ou solidariedade em relação às obrigações decorrentes de processos judiciais, motivo pelo qual manifesta a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da execução em curso. Destacou que mesmo interpretando a transação efetuada como cisão de empresas, hipótese inócurrenente na espécie, ainda assim, não se poderia falar em sucessão universal, considerando que o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A não foi extinto.

Aduziu, outrossim, o excesso de execução por estarem sendo aplicados de forma incorreta os juros de mora e a correção monetária.

No primeiro grau, os embargos foram julgados improcedentes (fls. 225-229), dando azo à interposição da apelação (fls. 248-308), em cujo julgamento o Tribunal Fluminense concluiu pelo parcial provimento, nos termos do acórdão assim ementado (fls. 670):

Processual Civil e Civil. Execução de título judicial. Embargos de devedor. Cerceio de defesa. Banerj. Legitimação. Correção monetária. Termo inicial e percentual de jan/89. Juros de mora *dies a quo* e taxa. Constituição em mora. Honorários da sucumbência.

Execução de título judicial. Perícia contábil requerida que se mostra inútil ante o comando emergente do art. 604, do CPC, já que transformaria em ilíquido título que só dependia de cálculos aritméticos.

Cerceio de defesa inócurrenente, rejeição da preliminar de nulidade da sentença.

*Banco Banerj*. Legitimado, como sucessor decorrente da cisão, a responder pelas dívidas a que o Banco do Estado do Rio de Janeiro foi condenado. Precedentes do STJ.

Descumprimento de compromisso de compra e venda de imóvel, rescisão do negócio jurídico decretada pela decisão de conhecimento, que mandou restituir à pré-contraente compradora inadimplente percentual (30%) do desembolso.

Correção monetária a ser contada a partir de cada desembolso, sob pena de desembolso a menor e descumprimento do julgado de conhecimento. Percentual de 42,72% em jan 89 que se reconhece. Precedentes do STJ.

Ilícito relativo, juros legais e a partir da data da citação (CC/1916, § 2º, do art. 1.536), momento em que se faz litigiosa a coisa (CPC, art. 219 *caput*) e não em outro, que negaria vigência ao preceito material de incidência, tese da embargante, que queria diferir sua constituição em mora para o dia da citação no processo de execução.

Sucumbência mantida em desfavor de quem venceu em parte infinitamente menor (parágrafo único, do art. 21, do CPC). Honorária advocatícia sobre o percentual da causa, critério razoável de equidade (CPC, § 4º, do art. 20), como lhe deu a sentença, reduzida, contudo a alíquota a 5% (cinco por cento) do novo valor da execução, encontrável a partir do realinhamento da planilha.

Provimento parcial do recurso para essas finalidades.

Os embargos de declaração (fls. 678-688) opostos pelo ora recorrente foram rejeitados (fls. 696-700).

Irresignado, o Banco Banerj S/A interpôs recurso especial (fls. 702-752), no qual, entre outros temas, sustentou afronta aos arts. 535, I e II e 458, II, do Código de Processo Civil/1973. Negado seguimento ao recurso especial (fls. 828-832), subiram os autos por força do provimento do agravo de instrumento interposto (AG n. 680.344/RJ), quando esta Corte, no bojo do REsp 803.854/RJ, *deu provimento ao recurso para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para o saneamento dos pontos considerados omitidos quando da apreciação dos embargos de declaração*.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

Processual Civil e Civil. Execução de título judicial. Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A. Banco Banerj S/A. Sucessão e solidariedade. Arts. 233 da Lei n. 6.404/1976 e 896 do Código Civil de 1916. Embargos de declaração. Matérias relevantes. Art. 535, II, do CPC. Omissão. Nulidade de acórdão. Remessa dos autos ao Tribunal de origem.

1. Configura-se ofensa ao art. 535, II, do CPC quando o Tribunal de origem, apesar de instado na via recursal própria e oportunamente pela parte, abstém-se de emitir pronunciamento sobre matérias indispensáveis ao correto deslinde da causa.

2. Ao tratar da legitimidade do Banco Banerj S/A para responder pelas condenações impostas ao Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, o órgão julgador a quo limitou-se a transcrever excertos de precedentes sob o fundamento de já estar assentada a orientação pretoriana no sentido de que aquele seria sucessor das obrigações do Banco do Estado.

3. Embora opostos embargos de declaração, não foi emitido juízo de valor a respeito de questões relevantes e peculiares da lide, máxime no tocante à sucessão e solidariedade (arts. 233 da Lei n. 6.404/1976 e 896 do Código Civil de 1916) do Banco Banerj S/A, em específica visualização do negócio jurídico estabelecido entre as instituições financeiras, bem como do instrumento de promessa de compra e venda de imóvel firmado entre o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A e a empresa Contal Projetos de Engenharia Construções S/A, ora recorrida.

4. Nada há a impedir que o Tribunal se reporte aos próprios julgados ou à jurisprudência dos Tribunais Superiores para dar motivação a seus atos decisórios. No entanto, para se concluir, sob o pálio de provável *leading case*, pela aplicabilidade de idêntica equação jurídico-decisória à hipótese outra, não se pode furtar ao devido cotejo das situações postas ao seu juízo, abdicar da apuração de uma correlata identidade das controvérsias, deixar de se ater aos limites que as envolvem e permeiam-nas.

5. Recurso especial provido para anular o v. acórdão recorrido, determinando a remessa dos autos ao e. Tribunal de origem com vista ao suprimento das omissões apontadas.

(REsp 803.854/RJ, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 17.11.2008)

A Corte de base proferiu nova deliberação, sendo que o respectivo acórdão recebeu a seguinte ementa (fls. 963-970):

*Embargos de declaração. Apelação cível. Anterior acórdão anulado pelo e. STJ para suprir as seguintes omissões: (I) Existência ou não de solidariedade em relação ao débito executado, e que não se presume consoante art. 896 do Código Civil; (II) A natureza da sucessão operada por meio do contrato firmado entre as instituições financeiras, notadamente em face das particularidades que guarnecem a lide em debate. Art. 233, in fine, e § único da LSA. Em que pese o art. 233, in fine, da LSA, prever que há responsabilidade solidária do Banco Banerj S.A., ora embargante, nesse caso pelas obrigações do Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. anteriores à cisão, o § único do art. 233 prevê a possibilidade de as partes estipularem a*

*ausência de solidariedade, sendo responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas. E as partes assim o fizeram, conforme se constata da cláusula décima nona (fls. 43). No entanto, o mesmo instrumento contratual prevê na cláusula oitava que **não seriam transferidos e conseqüentemente assumidos pelo comprador os créditos, direitos, ações e obrigações relativos e decorrentes dos seguintes ativos e passivos: (IV) Bens imóveis e (VII) Ações e processos judiciais envolvendo o vendedor ou a Previ-Banerj no pólo ativo ou passivo, de natureza cível, fiscal, trabalhista, previdenciária e outras; considerando que a origem da dívida é a devolução de determinada quantia paga para aquisição de um imóvel do Banco do Estado do Rio de Janeiro, cuja discussão judicial é anterior a cisão, e não tendo a embargante assumido a obrigação referente a crédito, direitos e obrigações relativas a bens imóveis, tampouco referentes a ações e processos judiciais de natureza cível, remanesce para o caso vertente a regra do art. 233, in fine, da LSA, ou seja, a companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão. Conclui-se, assim que a solidariedade nesse caso decorre da lei, notadamente do art. 233, in fine, da LSA, em consonância com o art. 896 do Código Civil de 1916. Por estas considerações, voto no sentido de dar provimento aos embargos de declaração para sanar as omissões apontadas - no sentido de que a solidariedade afastada pelo contrato firmado entre as partes não abrangeu a dívida cobrada nesses autos, aplicando-se à hipótese o art. 233, in fine, da LSA, em consonância com o art. 896 do Código Civil de 1916 - sem, no entanto, imprimir-lhes efeitos modificativos. (grifo nosso)***

Opostos embargos de declaração, por ambos os contendores, somente os aclaratórios da instituição financeira foram acolhidos, em parte, para sanar omissão referente à repartição das verbas sucumbenciais (fls. 1.063-1.069).

Daí o presente recurso especial, em cujas razões (fls. 1.086/1.133) a recorrente/financeira aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 21 e 535, I e II, do CPC/1973; 229, § 5º, e 233 da Lei n. 6.404/1976; 896 do CC/1916; 31 da Lei n. 6.024/1974; 4º, § 1º, do Dec. 92.061/1985; e 6º da Lei n. 9.447/1997.

Sustenta, em síntese: *a)* ter havido negativa de prestação jurisdicional por parte do Tribunal de origem ao não analisar todas as peculiaridades referentes à ilegitimidade da insurgente relativamente à análise do “instrumento particular de compra e venda de ativos, assunção de passivos e outras avenças” entabulado quando o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A já se encontrava em regime de administração especial temporária decretada pelo Banco Central do Brasil, tendo ocorrido mera cisão parcial da empresa; *b)* a ilegitimidade passiva da casa bancária pois, além de o passivo financeiro do Banco do Estado do Rio

de Janeiro S/A não ter sido transferido ao Banco Banerj S/A no momento da cisão, é aplicável ao caso o regime próprio do PROER/PROES; *c*) inexistência de responsabilidade solidária com as obrigações da empresa cindida; *e*, *d*) necessidade de redimensionamento dos ônus sucumbenciais fixados pelas instâncias ordinárias.

Contrarrazões às fls. 1.209/1.223.

Em sede de juízo de admissibilidade (fls. 1.225/1.227), o Tribunal de origem inadmitiu o recurso sob os fundamentos de que todas as questões suscitadas pelas partes foram analisadas de forma clara e fundamentada, e de não ter sido comprovado o dissídio jurisprudencial nos moldes legais exigidos.

Irresignada (fls. 3/13), a casa bancária interpôs agravo de instrumento, autuado nesta Corte Superior como AG n. 1.354.194/RJ, no qual refutou os argumentos da decisão de inadmissibilidade do apelo extremo.

Por decisão monocrática (fls. 2.188/2.194), conheceu-se do agravo para negar seguimento ao recurso especial, sob os seguintes fundamentos: *a*) não haver qualquer dos vícios dos art. 535 do CPC/1973, pois as questões referentes à legitimidade da insurgente e à solidariedade da obrigação assumida foram analisadas de forma clara e fundamentada pelo Tribunal de origem; *b*) incidência dos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ no tocante à ilegitimidade da instituição financeira, à solidariedade da obrigação e ao redimensionamento dos ônus sucumbenciais; *c*) não estar comprovado o dissídio jurisprudencial nos moldes legais exigidos; *e*, *d*) ser aplicável a Súmula 283/STF em relação à necessidade de aplicação do regime jurídico do PROER/PROES, pois nas razões do recurso especial a insurgente não impugnou todos os fundamentos adotados pelo acórdão recorrido.

Inconformada, a insurgente interpôs agravo regimental (fls. 2.197/2.218) refutando os óbices aplicados pela deliberação unipessoal e repisou os argumentos aduzidos nas razões do recurso especial acerca da negativa de prestação jurisdicional, da ilegitimidade passiva para figurar na demanda de execução, da aplicação do regime jurídico do PROER/PROES, da inexistência de responsabilidade solidária e da necessidade de redimensionamento dos ônus sucumbenciais.

Afirmou inaplicáveis os óbices sumulares 5 e 7/STJ, uma vez que apenas de pretendeu a correta qualificação jurídica do “instrumento particular de contrato de compra e venda de ativos, assunção de passivos e outras avenças”, principalmente no que se refere aos ativos transferidos do Banco do Estado do

Rio de Janeiro S/A para o Banco *Banerj* S/A, ante ser incontroverso nos autos, que o objetivo da venda era, apenas, no tocante à modificação da atividade operacional bancária. Aduziu, também, que o Banco *Banerj* S/A não é sucessor, tampouco responsável solidário das dívidas que remanesceram vinculadas ao Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A.

Ante as razões expendidas no agravo regimental, *notadamente no que tange à alegada inaplicabilidade dos óbices das súmulas 5 e 7/STJ ao presente caso, haja vista se depreender do acórdão recorrido, que, embora se trate de cisão parcial, restou consignada a expressa pactuação de inexistência de solidariedade, bem como de não terem sido objeto da transferência os bens imóveis, tampouco as ações e processos judiciais envolvendo o vendedor, foi reconsiderada a decisão monocrática (fls. 2.188-2.194) para melhor análise da controvérsia, com a determinação de subida dos autos do recurso especial para posterior inclusão do feito em pauta para julgamento.*

Entretanto, após diligências para a localização dos autos na origem, a Corte local informou inviável o atendimento da determinação face o arquivamento especial dos autos nos termos do ato normativo 14/2009 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, consoante informações de fls. 3-12 do expediente avulso.

Na petição n. 488789/2016, a ora recorrida Contal Projetos Engenharia e Construções S/A, em virtude das informações acerca da inviabilidade de localização dos autos, requereu fosse determinada a conversão do agravo de instrumento em recurso especial, com o conseqüente processamento para julgamento.

Considerando o teor das informações da Corte *a quo* acerca da não localização dos autos, bem ainda, em análise ao Ato Normativo 14/2009 no qual consta que o arquivamento especial somente é realizado depois de esgotadas todas as buscas necessárias para encontrar os autos do processo, determinou-se a conversão do agravo de instrumento em recurso especial.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O reclamo merece prosperar, em parte.

O cerne da controvérsia consiste em aferir a ocorrência de responsabilidade solidária do Banco *Banerj* S/A por dívida oriunda de título executivo judicial

transitado em julgado, no qual condenado o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A à devolução (reembolso) de 30% do valor adimplido pela *Contal Projetos Engenharia Construções S/A* (ora exequente), decorrente da resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel.

1. Primeiramente, não há falar na alegada negativa de prestação jurisdicional por parte do Tribunal de origem quanto à ausência de análise de todas as peculiaridades referentes à ilegitimidade da insurgente no que concerne à verificação do “instrumento particular de compra e venda de ativos, assunção de passivos e outras avenças” entabulado quando o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A já se encontrava em regime de administração especial temporária decretada pelo Banco Central do Brasil.

Verifica-se pela leitura dos acórdãos dos embargos de declaração (fls. 963-970 e 1.063-1.069) que o Tribunal *a quo* examinou a controvérsia posta de modo exauriente, tal como determinado por esta Corte Superior no âmbito do REsp n. 803.854/RJ, no qual o colegiado da Quarta Turma, deu provimento ao recurso para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à instância precedente para o saneamento dos pontos omissos.

Desta forma, incorrente qualquer vício no julgado autorizador do acolhimento da apontada violação ao artigo 535 do CPC/1973, porquanto inexistente a aventada negativa de prestação jurisdicional quando a Corte local analisa a controvérsia posta, porém conclui em sentido diverso ao pretendido pela parte.

Ademais, é desnecessário o exame percuciente de cada um dos dispositivos legais reputados como malferidos quando o Tribunal *a quo* já houver analisado a controvérsia posta de maneira ampla e fundamentada.

2. Apesar da incorrência de negativa de prestação jurisdicional, no caso, os artigos 31 da Lei n. 6.024/1974; 4º, § 1º, do Dec. 92.061/1985; e 6º da Lei n. 9.447/1997, cuja matéria de fundo refere-se à incidência do regime jurídico do PROER/PROES, e sobre o atual patrimônio do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A não foram analisados pela Corte de origem, o que resulta na ausência de prequestionamento da matéria, face a inovação recursal ocorrida, visto terem sido alegados apenas nos aclaratórios opostos contra o acórdão de fls. 963-970, não sendo cognoscível a irrisignação no ponto.

3. Quanto à questão da responsabilidade solidária e legitimidade passiva do insurgente para figurar na presente demanda, verifica-se que a Corte local, com amparo nos elementos de convicção dos autos, afirmou que a inclusão do

Banco Banerj S/A no pólo passivo se deu em virtude do “*Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ativos, Assunção de Passivos e Outras Avenças*” firmado no dia 01 de novembro de 1996 com o Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A (fls. 35/47), até então único a responder pela dívida cobrada” pela Contal.

Asseverou, ademais, que “a denominação que as partes dão aos negócios jurídicos que celebram não é apta a desnaturar sua natureza”, tendo, no caso discutido, ocorrido “**cisão parcial** porque o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A transferiu para o Banco **Banerj S.A** todas as suas atividades e operações bancárias e financeiras (cláusula sétima do instrumento), **permanecendo com os créditos, direitos, ações e obrigações relativos de determinados ativos e passivos enumerados na cláusula oitava**”.

Afirmou, ainda, explicitando, de modo categórico, as cláusulas contratuais existentes no referido instrumento de cisão parcial, o seguinte:

Dessa forma, em que pese o art. 233, *in fine*, da LSA, prever que há responsabilidade solidária do Banco Banerj S.A (...) nesse caso pelas obrigações do Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A anteriores à cisão, o § único do art. 233 prevê a possibilidade de as partes estipularem a ausência de solidariedade, sendo responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas.

E as partes assim o fizeram, conforme se constata da cláusula décima nona (fls. 43):

**Décima Nona:** - Não se estabelece e nem se presumirá por força deste Contrato, qualquer vínculo de solidariedade entre **comprador** e **vendedor**, relativamente às obrigações ora assumidas por cada um.

No entanto, o mesmo instrumento contratual prevê na cláusula oitava (fls. 39):

**Oitava:** - Os **ativos e passivos** cedidos e transferidos através deste Contrato limitam-se àqueles listados e/ou consolidados em seus **anexos** e, ainda, àqueles expressamente previstos neste instrumento, ressalvando-se que não são transferidos e conseqüentemente assumidos pelo **comprador**, os créditos, direitos, ações e obrigações relativos e decorrentes dos seguintes **ativos e passivos:** (...) **(iv) bens imóveis; (vii) ações e processos judiciais envolvendo o VENDEDOR ou a PREVI-BANERJ no pólo ATIVO ou PASSIVO, de natureza cível, fiscal, trabalhista, previdenciária e outras;** (...)

Desta forma, constituem fatos incontroversos dos autos: *i*) a cisão parcial do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A; *ii*) a existência de cláusula contratual expressa asseverando a inexistência de vínculo de solidariedade entre

o comprador-Banco Banerj S/A e o vendedor-Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, relativamente às obrigações assumidas por cada um, constantes do *Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ativos, Assunção de Passivos e Outras Avenças*; iii) os ativos e passivos cedidos limitam-se àqueles descritos no ajuste, tendo ficado expressamente ressalvado que não seriam transferidos e conseqüentemente assumidos pelo *comprador*, os créditos, direitos, ações e obrigações relativos e decorrentes de bens imóveis e ações e processos judiciais envolvendo o vendedor (Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A).

Assim, estando expressamente delineadas as circunstâncias fáticas e contratuais necessárias ao deslinde da controvérsia, afiguram-se inaplicáveis os óbices das súmulas 5 e 7/STJ no ponto, visto ser hipótese de mera reavaliação jurídica, procedimento amplamente admitido no âmbito desta Corte Superior.

Pois bem, a Corte local, a despeito de considerar que “*a origem da dívida é a devolução de determinada quantia paga para aquisição de um imóvel do Banco do Estado do Rio de Janeiro, cuja discussão judicial é anterior à cisão, e não tendo a Embargante assumido a obrigação referente a crédito, direitos e obrigações relativas a bens imóveis, tampouco referentes a ações e processos judiciais de natureza cível*”, concluiu ser aplicável para o caso vertente “*a regra do art. 233, in fine, da LSA, ou seja, a companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão*”.

Consoante estabelecido na Lei n. 6.404/1976, em caso de cisão parcial sem extinção, remanescendo a sociedade cindida, a sucessão apenas se dá quanto aos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão (art. 229, § 1º, da Lei n. 6.404/1976):

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

§ 2º Na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela assembléia-geral da companhia à vista de justificação que incluirá as informações de que tratam os números do artigo

224; a assembléia, se a aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembléia de constituição da nova companhia.

§ 3º A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação (artigo 227).

§ 4º Efetivada a cisão com extinção da companhia cindida, caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas do seu patrimônio promover o arquivamento e publicação dos atos da operação; na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever caberá aos administradores da companhia cindida e da que absorver parcela do seu patrimônio.

§ 5º As ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam; a atribuição em proporção diferente requer aprovação de todos os titulares, inclusive das ações sem direito a voto.

Como regra geral, o art. 233, *in fine*, da mesma lei, prevê que a sociedade cindida que subsistir e aquelas que receberem parte de seu patrimônio serão solidariamente responsáveis pela satisfação das obrigações anteriores à cisão. Por outro lado, o parágrafo único do art. 233, preceitua que *o respectivo ato de cisão parcial pode estipular a inexistência de solidariedade, respondendo cada sociedade apenas pelas obrigações transferidas no ato*, exatamente como ficou estabelecido no contrato de compra e venda de ativos e assunção de passivos do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A.

Confira-se, por oportuno, o teor do referido dispositivo legal:

Art. 233. Na cisão com extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. A companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão.

*Parágrafo único. O ato de cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida, mas, nesse caso, qualquer credor anterior poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão.*

Afigura-se imprescindível para o deslinde da controvérsia o cotejo dos dispositivos legais indicados com as particularidades destacadas pelo recorrente, em especial quanto à natureza da sucessão do Banco do Estado do Rio de Janeiro

S/A pelo Banco *Banerj S/A* e acerca da existência ou não de solidariedade *in casu*, atentando-se, sobremaneira, para a continuidade da sociedade cindida Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, tanto que figura no pólo passivo da execução e a expressa estipulação de ativos/passivos que não seriam transferidos pelo ajuste.

Esse ponto merece atenção e judiciosa análise, por possuir o caso ora em foco fator distintivo em relação a precedentes jurisprudenciais desta Corte Superior, cujo título judicial deriva de atividade bancária ou de ilícito.

Por oportuno, confirmam-se alguns desses julgados:

Direito Processual Civil. Legitimidade do Banco Banerj S/A. Condenações do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A.

1. Segundo jurisprudência reiterada desta Corte, o Banco Banerj detém legitimidade passiva para responder pelas condenações do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 586.307/RJ, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Quarta Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 11.02.2010)

Banco Banerj S.A. Legitimidade passiva para responder pela execução. Coisa julgada. Valor da multa cominatória. Precedentes da Corte.

1. Ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte já decidiram que o Banco Banerj S.A., diante do instrumento de transferência de ativos do antigo banco, “é parte legítima para responder em juízo pelas dívidas a que o primeiro foi condenado” (REsp n. 310.804/RJ, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 27.5.2002).

(...)

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 775.054/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 08.11.2005, DJ 1º.02.2006, p. 556)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Execução. Legitimidade. Extinção da sociedade. Súmulas n. 05 e 07/STJ.

1. Entende o recorrente que não tem legitimidade para suportar os ônus da execução, mas, sim, o Banco do Estado do Rio de Janeiro, que não teria sido extinto. O acórdão recorrido, porém, afirmou expressamente que houve a transferência total dos bens e direitos para o Banco Banerj S.A. e a consequente extinção da outra pessoa jurídica, concluindo que houve absorção de todo o

patrimônio, devendo responder por todas as obrigações. Acolher a tese recursal e ultrapassar os fundamentos do acórdão somente seria possível mediante o reexame de provas e do contrato, o que não se admite em sede de recurso especial. De rigor a aplicação das Súmulas n. 05 e 07/STJ.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 515.912/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 18.11.2003, DJ 16.02.2004, p. 248)

*Processual Civil. Banco Banerj S/A. Compra de ativos do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A. Execução de título judicial. Legitimidade passiva. Precedentes do STJ. Agravo. Improvimento.*

(AgRg no Ag 464.965/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 25.03.2003, DJ 30.06.2003, p. 258)

Efetivamente, diversos são os casos nos quais os Tribunais de origem, analisando o *Instrumento de Compra e venda de Ativos, Assunção de Passivos e Outras Avenças*, asseveram ter ocorrido a cisão *com extinção* da companhia cindida e/ou sucessão universal, motivo pelo qual as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio respondem solidariamente pelas obrigações da companhia extinta, nos termos do artigo 233, *caput*, primeira parte, da Lei n. 6.404/1976.

Também são muitos os casos nos quais, embora constatada a cisão parcial sem extinção da empresa cindida, a solidariedade restou mantida. Nessas hipóteses, a “vítima” do dano, na sua quase totalidade é amparada pelas normas insertas no Código de Defesa do Consumidor, motivo pelo qual ainda que tenha ficado estabelecido no protocolo de cisão que a transferência da operação bancária da companhia cindida (parte boa e positiva da empresa) não ensejaria a responsabilidade da nova companhia pelos ônus pertinentes a essas operações, ainda que advindos de fatos pretéritos à celebração do contrato entre as instituições, estando a questão afeta a vício/fato do produto ou serviço, a solidariedade se manteria ante o disposto no art. 7º do CDC.

No entanto, na disputa em questão, o Tribunal local, após determinação exarada por esta Corte Superior, acolhendo a alegada negativa de prestação jurisdicional no bojo do REsp n. 803.854/RJ, procedeu à análise pormenorizada do referido instrumento de cisão, asseverando a *ocorrência de cisão parcial com manutenção da cindida*, elencando, também, suas cláusulas contratuais e delimitando os ativos e passivos que *não seriam transferidos e consequentemente assumidos pelo comprador-Banco Banerj S/A*.

A previsão contratual acerca dos créditos, direitos, ações e obrigações que não seriam objeto de transferência restaram minuciosamente elencados no próprio instrumento contratual e nos anexos daquele ajuste, tendo ficado estabelecido, nos moldes expressamente delineados pela instância precedente, que remanesceram com o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, nos termos da cláusula oitava, os seguintes:

**Oitava:** - Os **ativos e passivos** cedidos e transferidos através deste Contrato limitam-se àqueles listados e/ou consolidados em seus **anexos** e, ainda, àqueles expressamente previstos neste instrumento, ressalvando-se que não são transferidos e conseqüentemente assumidos pelo **comprador**, os créditos, direitos, ações e obrigações relativos e decorrentes dos seguintes **ativos e passivos**: (...) **(iv) bens imóveis; (vii) ações e processos judiciais envolvendo o VENDEDOR ou a PREVI-BANERJ no pólo ATIVO ou PASSIVO, de natureza cível, fiscal, trabalhista, previdenciária e outras;** (...)

Como se vê, a hipótese dos autos é absolutamente distinta dos inúmeros precedentes analisados por esta Corte Superior afetos a obrigações de natureza vinculada à atividade bancária/ilícita da instituição. Aqui, a dívida cobrada não tem viés indenizatório (por ato ilícito), constituindo mera restituição de valores recebidos pelo Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A em decorrência de rescisão contratual. O negócio havido entre o Banco do Estado e a *Contal* nenhuma relação tem com as obrigações tipicamente bancárias, visto decorrer de simples promessa de compra e venda de terreno, que aliás foi/será restituído ao Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A e não ao Banco Banerj S/A, porquanto os bens imóveis não foram objeto de transferência conforme expressamente aludido na cláusula oitava do ajuste. Ademais, não está a empresa *Contal* na posição de consumidor vulnerável e hipossuficiente, pois além de o contrato de compra e venda do imóvel ter sido entabulado nos idos da década de 70, quando sequer vigente o diploma consumerista no ordenamento jurídico pátrio, é de se presumir que não se tratava de contrato de adesão face a natureza do objeto em questão (compra e venda de terreno), vigorando a bilateralidade e comutatividade em pactos dessa ordem.

Para rememorar, o título judicial que ora se encontra em execução condenou o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A a reembolsar/devolver à autora/exequente *Contal Projetos Engenharia Construções S/A* o percentual de 30% dos valores que essa havia despendido em razão da promessa de compra e venda de imóvel, que, em virtude do seu inadimplemento ensejou, em 1975, a propositura de ação pelo promitente-vendedor Banco do Estado do Rio de

Janeiro S/A visando à resolução do contrato, à reintegração da posse do imóvel e à decretação da perda do montante pago (67% do valor contratado) a título de perdas e danos.

Em 1990, a *Contal Projetos Engenharia Construções S/A* ajuizou ação, distribuída por dependência, objetivando a manutenção do negócio jurídico, com o comprometimento da instituição financeira em comparecer como agente financiadora ou subsidiariamente ser indenizada pelas perdas e danos.

Os feitos foram examinados em conjunto, sendo sentenciados em 31.07.1992, oportunidade na qual julgados procedentes os pedidos da financeira e improcedentes os da *Contal*. Em dezembro de 1995, o Tribunal Fluminense deu provimento ao apelo interposto pela *Contal* para determinar ao Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A a restituição de 30% do preço pago.

Enquanto tramitava a ação, em 08.10.1996, mediante a prévia autorização do Banco Central do Brasil, a sociedade *Banerj Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A* - companhia distinta do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A - reorganizou-se em banco múltiplo e alterou sua denominação social para Banco Banerj S/A.

Em novembro de 1996, essa nova financeira (ora insurgente) celebrou com o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A o “Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ativo, Assunção de Passivos e Outras Avenças”, o qual, especificamente na cláusula oitava, previu a não transferência dos créditos, direitos, ações e obrigações listados, dentre esses “os bens imóveis” e “as ações e processos judiciais envolvendo o vendedor”.

Diversos embates processuais foram travados entre o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A e a *Contal*, no âmbito de execução provisória/liquidação do julgado intentada por esta última (1990.001.058126-6/1), sendo que apenas em 27.06.2001, portanto, aproximadamente cinco anos após a cisão parcial é que o Banco Banerj S/A foi citado, juntamente com o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A para os termos da execução definitiva, cujo valor histórico é de R\$ 39.238.398,61.

Garantido o juízo por títulos da dívida pública (fls. 429) foram opostos embargos à execução.

Efetivamente, no título judicial figura como devedor o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A e não o Banco Banerj S/A, e a condenação imposta ao primeiro foi de reembolsar o percentual de 30% do valor pago pela *Contal* pelo

imóvel que era objeto de negociação, ou seja, em virtude do inadimplemento da embargada *Contal*, o contrato de promessa de compra e venda de um bem no centro do Rio de Janeiro foi resolvido, tendo sido o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, na qualidade de promitente-vendedor, condenado a devolver 30% do valor pago pela *Contal* (que adimpliu à época, apenas 67% do preço então ajustado).

Inegavelmente, não há falar, no caso, em responsabilidade solidária do Banco Banerj S/A, pois o contrato de compra e venda de ativos, assunção de passivos e outras avenças, firmado pelo Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A e o ora insurgente, em novembro de 1996 - portanto, 21 (vinte e um) anos após a realização do negócio que ensejou o litígio -, prevê expressamente a ausência de solidariedade entre as partes.

Ademais, a análise sistemática das cláusulas contratuais procedida pela instância de origem revela que o Banco Banerj S/A não sucedeu de forma universal o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, tendo tão-somente assumindo determinados créditos e dívidas explicitamente discriminados no contrato avençado, dívidas e direitos nos quais não se abarcam os bens imóveis, tampouco as ações judiciais nas quais figurasse o vendedor no pólo ativo ou passivo.

Na hipótese, diversamente da conclusão alcançada pelo Tribunal Fluminense, afigura-se inaplicável a solidariedade legal estabelecida no art. 233, *in fine*, da Lei n. 6.404/1976, isso porque, como referido, o parágrafo único do mencionado normativo preceitua que *o ato de cisão parcial pode estipular a inexistência de solidariedade, respondendo cada sociedade apenas pelas obrigações transferidas na cisão*, exatamente como ficou estabelecido no contrato de compra e venda de ativos e assunção de passivos do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A, no qual expressamente ressalvados tanto os bens imóveis como os direitos e obrigações decorrentes de ações e processos judiciais envolvendo o vendedor - Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A - no pólo ativo ou passivo, fosse a demanda de natureza cível, fiscal, trabalhista, previdenciária, entre outras.

Esta Corte Superior já teve oportunidade de analisar situações similares à desses autos, aduzindo a possibilidade de excepcionar-se a regra da solidariedade na cisão parcial de sociedade anônima, em havendo estipulação em sentido contrário no protocolo de cisão acerca das responsabilidades sociais, podendo haver repasse às sociedades que absorveram o patrimônio da cindida, apenas das obrigações que lhes forem expressamente transferidas, circunstância apta a afastar a solidariedade relativamente às obrigações anteriores à cisão.

Por oportuno, confira-se o seguinte precedente:

Ação civil pública. Participação financeira em empresa de telefonia. Emissão de ações Telebrás/Telemat. Escolha arbitrária. Alegação de prejuízo aos compradores. Legitimidade do Ministério Público e da Brasil Telecom. Prejuízos que, se existentes, decorreram da fluidez do mercado de valores mobiliários. Improcedência do pedido.

1. "Tratando-se de contrato vinculado ao serviço de telefonia, com cláusula de investimento em ações, não há como deixar de reconhecer a incidência do Código de Defesa do Consumidor" (REsp 470.443/RS, Rel. Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*, Segunda Seção).

2. Ademais, os direitos postos em juízo são individuais homogêneos, pois derivam de uma origem comum, qual seja, o contrato de aquisição de linhas telefônicas, com participação financeira dos adquirentes no capital da sociedade. Assim, no caso, o Ministério Público possui legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública na defesa dos direitos de adquirentes de linha telefônica, com cláusula de participação financeira na companhia (art. 81, § único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor).

3. *Excepciona-se a regra da solidariedade na cisão parcial de sociedade anônima, em havendo estipulação em sentido contrário no protocolo de cisão acerca das responsabilidades sociais, podendo, nessa hipótese, haver repasse às sociedades que absorveram o patrimônio da cindida, apenas das obrigações que lhes forem expressamente transferidas, circunstância que afasta a solidariedade relativamente às obrigações anteriores à cisão.*

4. *No caso de haver, no protocolo de cisão, estipulação restritiva da solidariedade entre a cindida e as incorporadoras, deve-se garantir aos credores da companhia a oposição de impugnação, se exercido tal direito no prazo de 90 (noventa) dias, mediante notificação à sociedade devedora (§ único do art. 233).*

5. Porém, relativamente a credores com títulos estabelecidos depois da cisão parcial, mas relativos a negócios jurídicos anteriores à operação, descabe a aplicação do § único do art. 233 da Lei n. 6.404/1976, que excepciona a solidariedade entre a cindida e as companhias que absorveram o patrimônio.

6. Consequentemente, considerando que os alegados créditos ora tratados na demanda ainda não existiam por ocasião da cisão, mas originados de obrigações anteriores, há de ser rejeitada a tese de ilegitimidade da Brasil Telecom S/A para responder por obrigações decorrentes de contratos celebrados pela Telemat.

7. O alegado prejuízo experimentado pelos compradores de linhas telefônicas - não demonstrado nos autos -, que receberam ações da Telemat, no lugar de ações da Telebrás, decorreu de flutuações naturais do mercado de capitais, devendo ser julgado improcedente o pedido deduzido na ação civil pública.

8. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 753.159/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05.04.2011, DJe 29.04.2011) - grifo nosso

Recurso especial. Direito Empresarial e Processual Civil. Embargos de terceiro. Penhora de bens para garantia da ação de execução. Cisão parcial da empresa devedora. Aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas. Solidariedade passiva entre a empresa cindida e a resultante da cisão.

1. Os princípios contidos na Lei de Introdução ao Código Civil, por terem assumido contornos nitidamente constitucionais, não podem ser objeto de recurso especial, sob pena de, se analisados nessa via, ferir-se a esfera de distribuição de competência jurisdicional estabelecida pela Constituição Federal.

2. Viabilidade de aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976) às sociedades limitadas para suprir as lacunas da sua regulamentação legal.

3. *Possibilidade de ser excepcionada a regra da solidariedade passiva entre as empresas na cisão parcial mediante a estipulação de cláusula expressa no protocolo de cisão acerca das responsabilidades sociais da empresa cindida e da resultante da cisão.*

4. *Nessa hipótese, pode haver o repasse às sociedades que absorveram o patrimônio da cindida apenas das obrigações que lhes forem expressamente transferidas, afastando a solidariedade passiva relativamente às obrigações anteriores à cisão.*

5. *Necessidade, porém, de cláusula expressa no pacto de cisão na forma do art. 233, e seu parágrafo único, da Lei n. 6.404/1976*

6. *Não reconhecimento, no caso dos autos, pelas instâncias de origem da existência de cláusula de exclusão da solidariedade passiva no pacto de cisão. Súmulas 05 e 07 do STJ.*

7. Precedente específico desta Corte.

8. *Recurso especial desprovido.*

(REsp 1.396.716/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 24.03.2015, DJe 30.03.2015) - grifo nosso

Embargos à execução. Plano Cruzado. Portarias 38 e 45/86 do extinto DNAEE. Restituição. CEEE. Legitimidade passiva *ad causam*. Cisão parcial. Ato jurídico realizado antes da cisão, cujo crédito foi constituído posteriormente. Arts. 229, § 1º e 233, parágrafo único da Lei n. 6.404/1976. Transferência de encargos. Ineficácia em relação a credor que, à época, não podia se opor. Precedente.

I - O que se discute no presente feito é se a recorrente, sociedade de economia mista cindida parcialmente em virtude de privatização, detém legitimidade passiva *ad causam* para responder por dívidas derivadas de atos jurídicos

anteriores à cisão cujos créditos foram constituídos posteriormente, na hipótese em que há previsão, no edital de privatização, da não-solidariedade pelo pagamento.

II - "2. O patrimônio social constitui, via de regra, a garantia dos credores da pessoa jurídica. Com a cisão, ocorre transferência da totalidade ou de uma parcela do patrimônio da sociedade cindida para outras sociedades, fato que reduz a garantia dos credores da sociedade original.

3. No caso de cisão total, as sociedades assim originadas respondem, em solidariedade, pelas obrigações da companhia que se extingue (artigo 233).

*4. Tratando-se de cisão parcial, via de regra, também prevalece a solidariedade, a menos que no ato de reestruturação societária exista disposição em sentido contrário. Neste caso, tendo sido afastada a solidariedade entre a sociedade cindida e as sociedades que vierem a absorver parcela do patrimônio cindido, os credores anteriores à cisão podem se opor à estipulação de ausência de solidariedade com relação a seus créditos, mediante o envio de notificação à sociedade no prazo de 90 dias a contar da publicação dos atos da cisão.*

5. Em relação aos credores com títulos constituídos após a cisão, mas referentes a negócios jurídicos anteriores, não se aplica a estipulação que afasta a solidariedade, já que, à época da cisão, ainda não detinham a qualidade de credores, portanto, não podiam se opor à estipulação. Esta interpretação dos arts. 229, § 1º c/c 233, parágrafo único, da Lei n. 6.404/1976 garante tratamento igualitário entre todos os credores da sociedade cindida" (REsp n. 478824/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJ de 19.09.2005).

III - Recurso especial improvido.

(REsp 1.057.136/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04.09.2008, DJe 15.09.2008) - grifo nosso

Na hipótese, tendo havido constituição do crédito em data anterior à cisão, inclusive com a liquidação/execução provisória do julgado, e não tendo a parte exequente exercido o direito de oposição à estipulação de ausência de solidariedade no prazo preconizado na lei de regência, prevalece a pactuação constante do ato de cisão que afastou a solidariedade entre a sociedade cindida e o Banco Banerj S/A.

Assim, os embargos à execução opostos pelo Banco Banerj S/A, devem ser acolhidos em razão da ilegitimidade passiva para figurar no feito executivo, visto não ser responsável solidária para com o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A para o crédito reclamado.

4. Do exposto, conheço em parte do recurso especial e na extensão, dou-lhe parcial provimento, a fim de reformar os acórdãos e a sentença, julgando

procedente os embargos à execução, a fim de excluir o Banco Banerj S/A do polo passivo da execução, ficando prejudicada a análise das demais teses expostas no recurso especial.

Custas e honorários pela parte exequente, esses últimos fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa dos embargos (R\$ 39.238.398,61), face a mera inversão do ônus sucumbencial.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.677.903-SP (2016/0174219-0)**

---

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: J C M

Advogados: Laercio Jesus Leite - SP053183

Rodrigo Franceschini Leite e outro(s) - SP262750

Recorrido: J M Z

Repr. por: S M

Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M

Interes.: J C Z

---

**EMENTA**

Recurso especial. Não indicação da alínea “a” do permissivo constitucional. Fundamentação que permite a compreensão da controvérsia. Adoção póstuma. Possibilidade. Guarda de menor. Pedido de autoria da avó. Falecimento da autora no curso do processo. Intenção inequívoca de obtenção da guarda. Laço de afetividade entre os envolvidos. Possibilidade do deferimento. Concessão de benefício previdenciário. Efeito da concessão.

1. Muito embora não se tenha indicado a alínea “a” do permissivo constitucional, a fundamentação e a perfeita indicação de artigos tidos por violados permitiram o conhecimento do recurso especial.

2. A Lei n. 8.069/1990, em seu art. 42, § 6º, estabelece que “a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

5. A guarda é um complexo de direitos e deveres que uma pessoa, ou mais de uma, exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

6. O § 2º do art. 33 do ECA prevê, na primeira parte o preceito, a possibilidade do deferimento da guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender *situações peculiares, como nos casos de guarda requerida por parentes próximos, com a concordância dos pais*; ou da guarda especial, quando inexistente fundamento legal para a suspensão ou destituição do pátrio poder e visando a suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, ou falecidos ou com paradeiro ignorado.

7. No caso dos autos, no interesse maior da criança, impõe-se o reconhecimento da guarda à “avó”, de quem a criança recebia afeto desde o nascimento e que promovia a concretização de todos os demais cuidados básicos à sua existência, sendo o fim precípua do processo garantir vida com dignidade à menor especial.

8. A finalidade meramente “previdenciária” não pode ser o objetivo da pretendida modificação de guarda. Ao revés, a outorga de direitos previdenciários em razão da colocação do petiz sob a guarda de outrem é apenas uma de suas implicações.

9. Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, em que se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio

do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado.

10. Recurso especial provido para o deferimento do pedido de guarda póstuma.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

---

DJe 7.3.2018

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. A A A M ajuizou ação de guarda judicial em relação à menor J M Z (nascimento em 14.4.1998, fl.12), representada por sua genitora S M (fls. 1-8), informando que já exercia a guarda de fato da menor, uma vez que a genitora da criança era sua tutelada, há mais de 40 (quarenta) anos, e que as três convivem em plena harmonia. Salientou, ainda, que a menor é portadora de doença cerebral (hermiatrofia cerebral), que frequenta a APAE e vive em total dependência de seus familiares.

Afirmou que a menor e sua genitora dependem financeiramente da autora e que o pai, por ter constituído nova família, não contribuía para as despesas da filha. Explicou que moram as três (autora, menor e sua genitora) na mesma casa e que a fonte de sustento é uma pensão por morte do falecido marido da autora, ex-funcionário do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento do Estado de São Paulo.

Requeru a guarda da menor, por sua condição especial e para que possa usufruir da pensão, quando a autora falecer. Enfatizou que a genitora da menor

estaria de pleno acordo com o pedido (fl. 19), sendo ela a guardiã pessoal da menor, estabelecida por ocasião da separação.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ofertou parecer pelo indeferimento do pedido de guarda formulado. Assentou, na ocasião, a inviabilidade do pedido para fins previdenciários. Acrescentou que “caso houvesse outro motivo para a guarda que não o financeiro, dever-se-ia atender aos interesses da criança e adolescente, o que não ocorreu no vertente caso” (fl. 30).

O Juízo de primeiro grau negou o pleito formulado, sob o fundamento de que o instituto não serve para o fim de transferir ao menor o benefício previdenciário (fls. 100/1).

Houve interposição de apelação (fls. 38-44) e nova manifestação do *Parquet* Estadual (fls. 56-60), alterando o posicionamento anterior: “Dessa forma, data vênua ao posicionamento do ilustre magistrado precedente, esta Procuradoria de Justiça ousa divergir, neste caso concreto, para opinar pela reforma da r. sentença”.

Julgada a apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reformando a sentença de piso, deu provimento ao recurso, nos termos da ementa abaixo (fl. 66):

*Guarda de menor. Modificação. Sentença que não concedeu a guarda à avó materna. Criação que é desempenhada pela mãe juntamente com a avó que, todavia, é a verdadeira mantenedora das necessidades da menor. Concordância da mãe quanto a esta modificação que beneficiará a criança, que na falta da avó, poderá requerer pensão por morte. Criança com séria deficiência. Hipótese de se prestigiar o interesse dela. Recurso provido.*

Intimada (fl. 78) para promover a emenda da inicial, para integrar ao polo passivo o genitor da menor, constatou-se o falecimento da autora (fl. 81).

Às fls. 98, 100-101, o juízo sentenciante extinguiu o feito, nos termos do art. 267, IX, do CPC/1973, por considerar a ação intransmissível, de caráter personalíssimo e que, com o falecimento da autora, o próprio direito de ação teria desaparecido.

Novo recurso de apelação foi interposto (fls. 104-111), requerendo a reforma da decisão de extinção do feito, sob o fundamento da inequívoca manifestação de vontade da autora falecida em obter a guarda da menor. Não recebida a apelação (fl. 114), interpôs-se agravo de instrumento (fls. 116-127).

Em julgamento do agravo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso, determinando o recebimento e julgamento da apelação anteriormente interposta, nos termos da ementa que se transcreve abaixo:

*Guarda de menor.* Autora falecida no curso da ação. Processo extinto. Apelação não recebida, sob o argumento de que o direito pleiteado é intransferível. Decisão reformada. Autora/apelante que manifestou em vida a vontade de ter a guarda da “neta de criação”. Tese de que a guarda pode ser deferida até a data do óbito da requerente. *Alegado direito que deve ser apreciado pelo Poder Judiciário. Apelação a ser recebida e processada.* Recurso provido.

No entanto, ao julgar o mérito da apelação, o TJSP lhe negou provimento, nos moldes da ementa que se segue (fl. 171):

*Guarda de menor.* Modificação. Sentença que não concedeu a guarda à avó materna. Criação que é desempenhada pela mãe juntamente com a avó que, todavia, é a verdadeira mantenedora das necessidades da menor. Concordância da mãe quanto a esta modificação que beneficiará a criança, que na falta da avó, poderá requerer pensão por morte. Criança com séria deficiência. Hipótese, contudo, de falecimento da avó antes da sentença. Ação extinta. Impossibilidade de outra solução. Recurso desprovido.

Foi interposto recurso especial (fl. 179) pelo irmão da autora, com fundamento no permissivo constitucional, sob alegação de violação ao art. 33, *caput*, §§ 1º e 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Afirma o recorrente que a genitora da menor está de pleno acordo com o pedido de guarda formulado na ação originária e que o trabalho desenvolvido pelo Setor de Psicologia do Poder Judiciário constatou que a criança residia com a autora desde o nascimento. Ademais a relação existente entre as duas era verdadeiramente de avó e neta. Salientou que a menor dependia financeiramente da autora, uma vez que sua renda sempre foi a principal responsável pelo sustento da família.

Aduz que o caso dos autos se assemelha às situações em que há pedido de adoção póstuma, que vem sendo deferida pelos tribunais pátrios, bastando seja comprovada a inequívoca vontade do adotante, como também ensina doutrina abalizada.

Crivo positivo de admissibilidade à fl. 206, com apresentação de parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo pelo não provimento do recurso especial (fls. 211-212).

Novo juízo de admissibilidade às fls. 214-215, neste decidindo pelo não seguimento do apelo, por incidência do enunciado da Súmula 284/STF. Interposto agravo em face da decisão de inadmissibilidade, foi dado provimento ao recurso, nos termos da decisão de fls. 275-276.

Sem contrarrazões ao recurso especial, consoante certidão à fl. 208.

O Ministério Público Federal, em parecer ofertado às fls. 270-273, opina pelo não conhecimento do apelo especial.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A controvérsia principal consiste em definir se é possível o deferimento de pedido de *guarda póstuma*, vale dizer, mesmo após o falecimento da autora no curso da demanda, quando mostrar-se inequívoca a intenção de obter a guarda, além de ter sido comprovado o laço de afetividade existente entre os envolvidos.

O Tribunal de Justiça paulista, analisando a questão, manifestou-se como a seguir (fls. 172-174):

A presente ação de modificação de guarda foi proposta pela avó materna com a concordância da mãe da criança.

*No caso, todos moram no mesmo local, e sempre dependeram financeiramente da apelante que, na ocasião da propositura da ação, contava com idade avançada, e por esse motivo temia que na sua falta, ficassem comprometidos a sobrevivência e bem-estar da menor, requerendo, assim a sua guarda para garantia de seu futuro.*

*Assim, em abril de 2011, a r. sentença de fls. 29/30 indeferiu a petição inicial foi apreciada pelo acórdão de fls. 56/58, publicado em janeiro de 2012, que determinou a anulação daquela decisão, sob o argumento de que “a apelante é a mantenedora dos gastos da menor, e ainda que a mãe também conviva com ela ajudando na sua criação, não há porque não transferir a guarda a quem efetivamente provém o sustento da criança com necessidades especiais.*

*Aliás, esse o quadro fático relatado na perícia às fls. 22/23: “A partir dos dados levantados, pôde-se observar que a requerente reside com a criança em tela desde o seu nascimento. Assim, J, seu irmão P e sua genitora, S, sempre moraram na casa de A, sendo dependentes financeiros desta.”*

*E porque diante de uma circunstância especial, nas específicas e mais especiais necessidades da menor não há porque se prestigiar um excesso de formalismo, tal como encontrado na r. sentença.*

(...)

Contudo, em abril de 2012, o foi Juízo informado do falecimento da autora, avó da menor (fls. 78), quando então sua Exa extinguiu o feito, entendendo cuidar de questão personalíssima, e daí não recebeu esse recurso de apelação, aceito por força de v. acórdão, proferido em agravo de instrumento (fls. 120/122), o que ora se examina.

*A propósito, restou incontroverso que a menor, portadora de necessidades especiais, era dependente do auxílio proveniente da avó que, ainda em vida, demonstrou essa vontade de ajudar, optando pela formalidade do exercício legal da guarda. Aliás, sempre contou com aprovação dos pais da menor.*

Porém, diante do seu falecimento, ainda que se reconheça a intenção do seu substituto processual, apura-se que o pedido tornou-se inadmissível.

Como bem fundamentou a D. Promotora de Justiça, às fls. 80v:

*“A autora faleceu em maio de 2012 e a ação proposta é intransmissível, de caráter personalíssimo. Logo, desapareceu o direito material e o direito de ação.”*

*Nesse vértice, a partir desse argumento adotado na r. sentença, prepondera a necessidade de regularização da situação da menor em outra ação, com a anotação de que a avó, autora da inicial, exercia guarda de fato e de direito porque aqui autorizada, até seu óbito.*

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.

### 3. De início, penso que o recurso especial merece conhecimento.

De fato, conforme se percebe na redação da peça recursal, há na introdução da petição, parágrafo específico para a indicação do artigo constitucional, assim como de seu inciso e alínea, cujo preenchimento não se fez, mas obviamente se deduz qual a impugnação correta com a nítida exposição das razões.

No ponto, é sabido que o rigor formal, a que se submete o recurso especial, vem sendo mitigado, quando, muito embora não se tenha indicado a alínea do permissivo constitucional, a fundamentação e a perfeita indicação de artigos tidos por violados permitam a compreensão do apelo, não sendo o caso de aplicação da Súmula 284/STF, na hipótese.

Nesse sentido:

Agravo regimental do contribuinte. IPI. Crédito-prêmio. Especial interposto pela alínea “c”. Não-apresentação da divergência jurisprudencial. Conhecimento do recurso pela alínea “a”. Possibilidade. Prequestionamento implícito do art. 1º do DL 20.910/1932. Prescrição quinquenal.

1. *Muito embora não se tenha indicado a alínea "a" do permissivo constitucional, a fundamentação e a perfeita indicação de artigos tidos por violado permitiram o conhecimento do recurso especial.*

2. O acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* afastou a incidência do prazo prescricional quinquenal entendendo pela aplicação do prazo de dez anos. Ainda que não tenha sido apontado expressamente o dispositivo no qual se fundamentou o aresto, reconhece-se o prequestionamento implícito do artigo 1º do Decreto-Lei n. 20.910/1932, conforme admitido pela jurisprudência desta Corte.

3. Por fim, fica afastada a contradição na decisão agravada que dispôs sobre a extinção do crédito prêmio de IPI em 5.10.1990, bem como o prazo prescricional de cinco anos para as ações que visam ao recebimento do referido crédito de IPI, contados entre a data da extinção do benefício e a data do ajuizamento da ação, entendendo que os créditos pleiteados pela empresa não estariam prescritos, uma vez que a ação foi ajuizada em 1989.

Agravo regimental improvido.

*Agravo regimental da Fazenda Nacional - IPI. Crédito-prêmio. Correção monetária. Possibilidade.*

A jurisprudência do STJ e a do STF estão no sentido de ser indevida a correção monetária dos créditos escriturais de IPI, relativos a operações de compra de matérias-primas e insumos empregados na fabricação de produto isento. Todavia, é devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em face da resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 971.001/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.09.2008)

Tributário. Processo Civil. Agravo regimental. Petição recursal que não indica a alínea do inciso III, artigo 105, CF. Fundamentos bem indicados na petição recursal. Incidência da Súmula 284/STF afastada. Matéria pacificada. Empréstimo compulsório sobre veículos. Prescrição.

*I - Apesar de não ter sido expressamente citada a alínea do inciso III, artigo 105, da Constituição Federal, na qual se funda o recurso especial, a petição recursal indica claramente qual o dispositivo de legislação federal que foi violado pela decisão recorrida, não sendo o caso de aplicação da Súmula 284/STF, na hipótese, principalmente porque a matéria de mérito (prazo prescricional para propositura de ação que visa a restituição de empréstimo compulsório sobre veículos) encontra-se por demais pacificada no âmbito deste eg. Superior Tribunal de Justiça.*

II - Agravo improvido.

(AgRg no REsp 845.134/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 23.10.2006)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Divergência jurisprudencial. Prescrição intercorrente. Intimação.

1. *O simples fato de não ter sido indicada a alínea c) do permissivo constitucional como sustentáculo do recurso não impede o seu conhecimento e provimento com base no dissídio, que restou devidamente comprovado.*

2. O posicionamento desta Corte, em consonância com os precedentes colacionados, entende necessária a intimação pessoal da parte para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 435.646/GO, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 07.10.2002)

É bem de ver, ademais, que a natureza da controvérsia em exame, por si só, reclama a superação de tal óbice. Com efeito, tratando-se de causa que, à época de sua interposição, tinha por objeto menor com problemas sérios de saúde física e mental e pelo fato da inexistência, até o momento, de solução por este Tribunal da questão em debate, o conhecimento e o julgamento do recurso são providências que se impõem.

4. Importa ressaltar, para logo, que é incontroverso nos autos que a menor vivia com a autora desde seu nascimento; que essa convivência era absolutamente saudável e benéfica, tanto para uma, quanto para outra convivente; a criança e a autora do pedido de guarda se tratavam como neta e avó; que não havia, por parte dos genitores da menor oposição ao deferimento da guarda, que, ao contrário, era algo desejado por todos. Nada obstante, o Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o fundamento de ser personalíssima a ação de guarda judicial, achou por bem confirmar a sentença que extinguiu o feito, com base no art. 267, IX, do CPC/1973.

No entanto, penso que o fundamento do acórdão recorrido não tem condições de sustentar a decisão de extinção do feito, isso tendo em vista a já pacífica jurisprudência deste Sodalício no sentido da possibilidade do deferimento de pedido feito em ação de estado, tal qual a dos autos, mesmo quando ocorrido o falecimento do proponente no curso do processo.

Com efeito, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça nas ações de adoção, por exemplo, em que a natureza personalíssima do pedido não

é capaz de conduzir ao indeferimento do pleito, por si só, quando falecido o autor da demanda e esta ainda não tenha sido concluída.

De fato, para os casos de adoção, a conjugação de elementos de prova, que demonstrem a inequívoca intenção de adotar, é necessária e bastante ao deferimento do pedido formulado, “podendo ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção” (REsp 457.635/PB, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 17.3.2003).

Confirmam-se alguns julgados deste Tribunal no mesmo sentido:

Direito Civil e Processual Civil. Adoção póstuma. Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Inexistência. Laço de afetividade em vida. Demonstração cabal.

1. *A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.*

2. Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do *de cuius* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. *Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.*

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.663.137/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22.08.2017)

Direito de Família e Processual Civil. Recurso especial. Ação de autorização de adoção de maiores. Pedido formulado na vigência do CC/1916. Falecimento do adotante no curso da demanda. Possibilidade de adoção póstuma. Utilização da analogia. Incidência do ECA. Alterações legislativas. Normas sobre estado das pessoas e processo. Aplicabilidade imediata. Recurso provido.

1. O tratamento legal da adoção sofreu severas transformações legais nos últimos anos. De acordo com o CC/1916, a adoção era feita por escritura pública e seus efeitos limitavam-se ao adotante e ao adotado. Com a entrada em vigor do CC/2002, passou-se a exigir processo judicial para todos os pedidos de adoção. Posteriormente, com a promulgação da Lei n. 12.010/2009, a adoção de maior de 18 (dezoito) anos não mais pode ser realizada por mera escritura pública, sendo imprescindível sentença judicial constitutiva da relação. Além disso, aplicam-se ao procedimento, no que couber, as disposições previstas no ECA.

2. A Lei n. 8.069/1990, em seu art. 42, § 6º, estabelece que “a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

3. No período compreendido entre a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente e a publicação da Lei Nacional da Adoção (Lei n. 12.010/2009), houve uma lacuna legislativa acerca da adoção póstuma. Isso porque, de acordo com o ECA, esse instituto era expressamente permitido aos menores, mas, de outra parte, a legislação civil - que regulava a adoção de maiores - nada mencionava sobre o assunto.

4. Estando o juiz diante de uma omissão legislativa, deve fazer uso dos meios de integração da norma - dentre os quais, preliminarmente, a analogia (art. 4º da LINDB). No caso dos autos, deve-se aplicar a analogia para suprir o hiato legislativo existente, tendo em vista que o pedido foi formulado no ano de 1999, exatamente entre a publicação do ECA e a da Lei n. 12.010/2009.

5. Ademais, o pedido de adoção merece ser apreciado, pois a matéria se refere ao estado das pessoas e às regras de processo, à qual cumpre aplicar de imediato as normas em vigor, inclusive aos requerimentos ainda em trâmite.

6. Assim, tanto pelo emprego da analogia quanto pela pronta incidência das leis atualmente em vigor, a pretensão recursal deve ser acolhida, para permitir aos recorrentes que o pedido de autorização de adoção seja apreciado, mesmo depois do óbito do adotante.

7. Recurso especial provido, para anular a sentença e o acórdão recorrido e determinar às instâncias ordinárias que apreciem o pedido de adoção formulado, como entenderem de direito.

(REsp 656.952/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 23.06.2016)

Direito Civil e Processual Civil. Adoção póstuma. Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Laço de afetividade. Demonstração. Vedado revolvimento de fatos e provas.

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação do propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço afetividade a envolver o adotado e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.326.728/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 27.02.2014)

Civil. Processual Civil. Recurso especial. Adoção póstuma. Validade. Adoção conjunta. Pressupostos. Família anaparental. Possibilidade.

Ação anulatória de adoção *post mortem*, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção *post mortem* sem a demonstração cabal de que o *de cuius* desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos.

A redação do art. 42, § 5º, da Lei n. 8.069/1990 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei n. 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do *de cuius* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade.

A existência de núcleo familiar estável e a conseqüente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas.

Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do intérprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei.

O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares.

O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte.

Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2, do ECA.

Recurso não provido.

(REsp 1.217.415/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 28.06.2012)

*Direito Civil e Processual Civil. Adoção póstuma. Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Laço de afetividade. Demonstração. Vedado revolvimento de fatos e provas. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Decisão fundamentada. Prequestionamento. Ausência.*

- Não padece o acórdão recorrido de omissão, contradição ou obscuridade, quando o Tribunal de origem pronuncia-se fundamentadamente quanto às questões relevantes ao deslinde da controvérsia.

- Não se conhece do recurso especial se a matéria jurídica versada nos dispositivos tidos como violados não foi debatida pelo Tribunal no acórdão recorrido.

- O julgador não está adstrito às teses jurídicas manifestadas pelas partes, bastando-lhe analisar fundamentadamente as questões necessárias à resolução do embate jurídico.

- *Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.*

- *A adoção póstuma pode ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, venha a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença (art. 42, § 5º, do ECA).*

- Na apreciação do pedido de adoção levar-se-á em consideração a relação de afetividade entre o adotante e o adotado (art. 28, § 2º, do ECA).

- Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação de propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço de afeto a envolver a adotada e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 823.384/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 25.10.2007)

Nesses termos, prevalece a total proteção ao menor apregoada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo o Poder Público levar em consideração os quesitos fáticos mais que os jurídicos, visando aos interesses do adotando e respeitando a vontade do *de cuius*.

Nessa linha de ideias, sabe-se, ademais, que a redação do art. 42, § 5º, da Lei n. 8.069/1990 – ECA, renumerado como § 6º pela Lei n. 12.010/2009, alberga a possibilidade de se deferir a adoção póstuma, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, diante da constatação de que o autor manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

Destarte, nas palavras da eminente Ministra Nancy Andrighi, em julgamento proferido pela egrégia Terceira Turma, “no *iter* que deságua na adoção póstuma”, a locução *inequívoca manifestação de vontade* do adotante “é o elemento *sine qua non*, figurando o procedimento judicial de adoção apenas como a *concretização formal* do desejo de adotar, já consolidado e exteriorizado pelo adotante”. (REsp 1.217.415/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 28.06.2012). E assim o é, pois, a interpretação conferida ao dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente priorizou, evidentemente, a *finalidade social de se atribuir eficácia jurídica a uma situação de fato*.

Na mesma direção, é que, então, a jurisprudência deste Tribunal reconheceu, naquela hipótese, e em outras tantas que lhe são similares, que a adoção se confunde com o reconhecimento de uma filiação socioafetiva preexistente, construída entre aquele que pretende adotar e o adotando. “Vigem aqui, como comprovação da inequívoca vontade do *de cuius* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: *o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição*”. (REsp 1.217.415/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi)

Nesse rumo de raciocínio, tem-se que a formalização de pedido judicial de adoção, realizado antes do óbito, possui, na verdade, apenas o condão de afastar qualquer resquício de incerteza, qualquer contestação que porventura pudesse existir no que respeita à vontade do adotante.

Por isso, a ausência do pedido seria incapaz de frustrar o reconhecimento do desejo de adotar, no plano substancial, fazendo com que surgisse tão somente a necessidade de comprovação da efetiva intenção do possível adotante.

5. Tenho que este mesmo raciocínio deve ser aplicado para os casos de guarda.

Em 13 de julho de 1990, foi sancionada a Lei n. 8.069, dispondo sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual disciplinou o instituto da guarda nos artigos 33 a 35. O artigo 33 reflete a previsão até então existente no Código de Menores de 1927 e de 1979, ao estabelecer que “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”. (Pereira, Rafael Caselli. *O afeto como nexa causal para conversão da guarda em relação socioafetiva*. In: Revista IBDFAM: família e sucessões, n. 21, maio/jun, 2017, p. 99-123).

Por sua vez, no Código Civil de 2002, a guarda de menor ou de adolescente por outra pessoa, que não os pais, vem disciplinada no § 5º do artigo 1.584, nos seguintes termos: “Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”.

A guarda, pois, é um complexo de direitos e deveres que uma pessoa, ou mais de uma, exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades. (IAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 62)

Sílvio Rodrigues, citado por Paulo Brabo, define a guarda como “o poder dever de manter criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipados, dando assistência moral, material e educacional”. (*Manual da guarda no direito da criança e do adolescente*. Belém: CEJUP, 1997, p. 21).

Conforme se percebe, os deveres relacionados à guarda do menor e do adolescente podem ser resumidos na obrigação de prestar, até que seja alcançada

a maioria, assistência material, moral e educacional, podendo opor-se a terceiros, inclusive aos pais, sendo este um dever implícito de vigilância contra quaisquer pessoas que possam trazer dano ou prejuízo ao menor ou adolescente.

Novamente José Fernando Simão leciona que “a guarda é simples companhia fática de uma pessoa com relação à outra a qual a lei atribui efeitos jurídicos. Quem tem a guarda, tem, faticamente, a companhia do menor e, portanto, tem o dever de cuidar do menor e zelar por sua segurança”. Acrescenta o doutrinador que essa companhia fática ou convívio, seja decorrente do Código Civil, seja do Estatuto da Criança e do Adolescente, será a mesma. Tendo em vista que a guarda é evidentemente um conceito unitário, seja ela exercida pelos pais ou terceiros, seja ela precária ou definitiva, seja ela decorrente de perigo ou ofensa ao menor ou de simples observância do interesse deste. (<http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas>).

Diante deste quadro, vislumbro a possibilidade do reconhecimento da guarda pleiteada pela autora, falecida, porque, no caso em exame, percebe-se a presença do motivo maior do instituto, qual seja proporcionar melhoramentos à vida da criança ou do adolescente, atendendo seus interesses mais essenciais, somado à demonstração inequívoca da vontade da autora do pedido em obter a guarda.

De fato, indubitável se mostra que, no caso dos autos, não fosse o falecimento da autora, no transcorrer da ação judicial, o pedido de guarda seria deferido, porque corretamente reconhecido pela instância ordinária que apenas dessa forma seria satisfeito o melhor interesse da menor, criança com necessidades especiais, cuja mãe não possuía condições financeiras adequadas para prover seu sustento, assim como seu pai.

Na verdade, conforme se noticiou, a avó de criação, autora da ação, era quem provia o sustento também da genitora da menor, que vivia sob sua tutela.

Vale transcrever o relatório psicossocial (fls. 24-26), quando ainda viva a requerente:

Questionada quanto à motivação do presente pedido de guarda, A afirma que este pedido tem como objetivo repassar sua pensão à neta, quando vier a falecer. Segundo a requerente, J tem necessidades especiais e precisa de acompanhamento de saúde sistemático. Assim, tendo em vista que a pensão alimentícia que o pai lhe oferece não é suficiente para atender suas necessidades e A atua como principal responsável por seu sustento, a avó deseja oferecer meios de ampara-la.

(...)

#### IV. Conclusão

A partir dos dados levantados, pôde-se observar que a requerente reside com a criança em tela deste o seu nascimento. Assim, J, seu irmão, Paulo, e sua genitora, S, sempre moraram na casa de A, sendo dependentes financeiros desta. J tem o diagnóstico de hemiatrofia cerebral esquerda e, desse modo, possui dificuldades significativas de fala e paralisia em algumas regiões do corpo.

No contato realizado, apresentou comportamento irritadiço, dificuldade de interação e choro ininterrupto, sinalizando dificuldade de lidar com situações desconhecidas. Nas entrevistas efetuadas, pôde-se notar que a requerente não atua diretamente nos cuidados dispensados à J, no entanto, sua renda é a principal responsável pelo sustento da família e, por conseguinte, da neta. Segundo relato, o genitor paga pensão alimentícia para os filhos; contudo, a quantia disposta não supre as necessidades das crianças, principalmente tendo em vista as necessidades que J possui.

*Assim, o presente pedido tem como principal objetivo amparar J na ausência da requerente, visto que as dificuldades expressivas apresentadas pela criança prejudicam e/ou impossibilitam a realização de várias atividades e tarefas, dificultando sua independência.*

(fl. 25-26)

Com bastante clareza, a manifestação do *Parquet* Estadual (fls. 56-60) acerca da questão, merecendo ser transcrita:

*O relatório do setor técnico, a fls. 22/23, demonstra, de forma clara, que a genitora da menor e esta, assim com o seu irmão menor, são dependentes financeiros da Autora, e o seu principal objetivo com a demanda é garantir que a criança, em razão de sua condição de pessoa portadora de necessidades especiais, possa receber o necessário amparo econômico com o seu falecimento, haja vista que os alimentos que recebe do pai não são suficientes a suprir suas necessidades, e a mãe da infante ocupa praticamente todo o seu tempo com os cuidados necessários à filha e à própria Requerente, que também sofre de problemas de saúde.*

*Não há dúvidas de que o caso é delicado, e trata-se de apelo para continuar a amparar uma criança portadora de necessidades especiais, revelado pelo relatório de exame laboratorial de fl. 13, ainda que não tenha sido instruído com relatório médico, houve constatação pelo setor técnico.*

*Se é fato que quem cuida diretamente da criança, em termos físicos, é a requerida, o Setor Técnico também deixou claro que, com ressalva à pensão paterna insuficiente, toda a assistência material é proveniente da Requerente, e há vínculos afetivos desta com a menor e vice-versa, porquanto sempre viveram sob o mesmo teto, sendo esta considerada como neta pela Autora que detém a guarda de sua genitora desde os 02 meses de idade.*

*É justificada a não atuação direta de cuidados pela Autora à criança, em razão de sua idade e de sua própria saúde, porém, foi claramente constatada a assistência que ela confere à menor, seja em termos afetivos pelos laços criados desde o seu nascimento, seja em termos econômicos que são o sustentáculo das necessidades de J.*

*Não há dúvidas de que o caso e a condição da criança em tela são peculiares, portadora de necessidades especiais, eis que notoriamente deficiente física e mental (fl. 13 e fls. 22/23), é flagrantemente dependente econômica da Requerente, não há de se entender que seja a pretensão meramente para fins previdenciários, pois é o vínculo afetivo a preocupação de que não fique em desamparo que se moveu para continuar a prestar a necessária assistência a essa neta e não a todos os netos.*

(...)

Dessa forma, data vênia ao posicionamento do ilustre magistrado precedente, esta Procuradoria de Justiça ousa divergir, neste caso concreto, para opinar pela reforma da r. sentença.

Na trilha desse entendimento, em recente alteração do Código Civil de 2002, o legislador, atento às já consolidadas diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais, explicitou, em linhas gerais, os quesitos que, objetivamente, satisfariam o melhor interesse da criança, no que concerne à guarda unilateral do genitor, mas que podem, perfeitamente, ser aproveitados para o caso.

Trata-se do § 2º do art. 1.583 do Código Civil de 2002, com redação dada pela Lei n. 11.698/2008:

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – *afeto* nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – *saúde e segurança*;
- III – *educação*.

Em realidade, em casos como o dos autos, em que a “avó” pleiteava a regularização de uma situação de fato há muito consolidada, penso devem ser aplicados, de forma escorreita, os princípios protetivos dos interesses da criança, elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nessa esteira, note-se que, apesar de o art. 33 estar localizado em seção intitulada “Da Família Substituta”, e, não havendo, no caso dos autos, verdadeiramente uma substituição familiar, ainda assim, os ditames expostos no dispositivo devem ser tomados em consideração, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo “família”. Confira-se o teor do artigo:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Com efeito, a solução que aqui se propõe seja adotada é contemplada pelo § 2º, do art. 33, do ECA, conforme reconhece Yussef Cahal:

O § 2º prevê duas situações a serem consideradas, embora englobadas no mesmo dispositivo.

Na primeira parte o preceito cuida da concessão da guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender *situações peculiares, como nos casos de guarda requerida por parentes próximos, com a concordância dos pais*; ou da guarda especial, quando inexistente fundamento legal para a suspensão ou destituição do pátrio poder e visando a suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, ou falecidos ou com paradeiro ignorado.

(CAHAL, Yussef Said. *In. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. CURY, Munir (COORD). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 147)

Nesses termos, evidenciado que a guarda era providência que se adequava ao melhor interesse da criança, à época, e comprovada, ainda, a inequívoca intenção da autora em obtê-la, requisito indispensável e bastante ao reconhecimento da guarda póstuma, em raciocínio simétrico e analógico desenvolvido para o pedido de adoção, entendo deva ser provido este recurso especial, reconhecendo-se a guarda requerida, com os efeitos dela decorrentes.

6. Por fim, cumpre dizer que, mesmo não tendo sido o fundamento do acórdão, para o desprovimento do pedido de guarda, o fato de ter sido requerida com o fim de proporcionar o recebimento de benefício previdenciário pela menor, é certo que este Tribunal Superior não condena veementemente a prática vislumbrada, ao menos nos moldes em que se apresenta o pedido inicial.

Não se desconhece que a jurisprudência, outrora, já decidiu no sentido de que “o pedido de guarda formulado por avô não pode ser deferido para *meros efeitos previdenciários, se os pais têm plena possibilidade de permanecer no seu exercício*” (REsp 125.769/RJ, DJ de 9.9.2002; REsp 696.204/RJ, DJ de 19.9.2005; REsp 402.031/CE, DJ de 26.5.2003; REsp 87.900/RJ, DJ de 26.8.2002; REsp 95.606/RJ, DJ de 24.4.2000; REsp 94.369/RJ, DJ de 25.2.1998; REsp 116.456/RJ; REsp 94.535/RJ, DJ de 24.11.1997; REsp 82.474/RJ, DJ de 29.9.1997; REsp 97.069/MG, DJ de 1º.9.1997; REsp 86.442/RJ, DJ de 3.3.1997).

Todavia, não é essa a hipótese em análise, para qual, no interesse maior da criança, propõe-se o reconhecimento da guarda à “avó”, de quem a criança recebia afeto desde o nascimento e que promovia a concretização de todos os demais cuidados básicos à sua existência. Esse, sem sombra de dúvidas, era o fim precípua do processo, garantir vida com dignidade à menor especial, e não a obtenção de benefício previdenciário, pura e simplesmente, constatação capaz de afastar eventual óbice ao acolhimento do pleito da recorrente.

Acrescente-se, ademais, que a boa-fé deve ser presumida, e, no processo em julgamento, em momento algum ficou evidenciado que o objetivo único da recorrente seria, repita-se, pura e simplesmente, garantir o recebimento de benefício previdenciário pela “neta”, mas, acima de tudo, o escopo perseguido era a segurança de sustento para quando a avó não mais estivesse com elas, para que a menor, com necessidades especiais, tivesse condições dignas de vida e sobrevivência.

No mesmo sentido do caso em exame, outros julgados desta Corte:

Recurso especial. Direito da criança e do adolescente. Pedido de guarda formulado por avó. Consentimento materno. Pai falecido. Deferimento da medida. Possibilidade, desde que observado o maior interesse do menor. Recurso especial provido.

1. *In casu*, deve-se considerar que não se está diante daquilo que se convencionou chamar de “guarda previdenciária”, é dizer, daquela que tem como finalidade tão-somente angariar efeitos previdenciários.

2. *A finalidade meramente “previdenciária” não pode ser o objetivo da pretendida modificação de guarda. Ao revés, a outorga de direitos previdenciários em razão da colocação do petiz sob a guarda de outrem é apenas uma de suas implicações.*

3. *Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, onde se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado.*

4. *Para fins de fixação de tese jurídica, deve-se admitir, de forma excepcional (artigo 31, § 1º, primeira parte c/c § 2º, do ECA) o deferimento da guarda de menor aos seus avós que o mantêm e, nesta medida, desfrutem de melhores condições de promover-lhe a necessária assistência material e efetiva, mormente quando comprovado forte laço de carinho, como ocorreu na espécie.*

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.186.086/RO, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 14.02.2011)

Agravo regimental. Recurso especial. Menor. Pedido de guarda formulado pela avó. Prevalência do interesse da criança. Regularização de situação de fato.

1. A concessão da guarda da criança a bisavó, visa regularizar uma situação de fato, uma vez que a menor reside com a bisavó paterna desde os 08 meses de idade. Preservação do interesse da menor, não só para fins previdenciários. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 532.984/MG, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, DJe 07.06.2010)

Nessa linha de ideias, anote-se, ainda, que se firmou o entendimento, no âmbito da Turmas especializadas no tema, já reiterado pela Corte Especial do Tribunal, no sentido de que à menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte, mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei n. 9.528/1997 na Lei n. 8.213/1991.

De fato, em recente julgamento proferido pela Corte Especial, sob a relatoria do eminente Ministro Benedito Gonçalves, o colegiado fixou a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica, ou seja, sobre o artigo 16, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, alterada pela Lei n. 9.528/1997.

Confira-se a ementa do julgado:

Processual Civil e Administrativo. Embargos de divergência em agravo. Pensão por morte. Menor sob guarda. Alterações legislativas. Art. 16 da Lei n. 8.213/1990. Modificação pela MP n. 1.523/96, convertida na Lei n. 9.528/1997. Confronto com o art. 33, § 3º, do ECA. Interpretação compatível com a dignidade da pessoa humana e com o princípio de proteção integral do menor.

1. *Tem-se no presente feito como questão de fundo a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica, ou seja, sobre o artigo 16, § 2º da Lei n. 8.213/1991, alterada pela Lei n. 9.528/1997.*

2. *Havendo plano de proteção em arcabouço sistêmico constitucional e comprovada a guarda, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica, ao menor sob guarda deve ser assegurado o benefício de pensão por*

*morte, mesmo se o falecimento do instituidor se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei n. 9.528/1997 na Lei n. 8.213/1990. Precedente: EREsp 1.141.788/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 16.12.2016.*

3. Embargos de divergência providos.

(EAg 1.038.727/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 27.10.2017)

Na verdade, essa já era a orientação de inúmeros outros julgados, tanto no âmbito do Regime Geral da Previdência, quanto no referente ao Regime Próprio. Confrimam-se, nesse sentido:

Embargos de declaração no agravo interno no recurso especial. Menor sob guarda. Inclusão como dependente para fins previdenciários. Possibilidade. Ausência de vícios do art. 1.022 do Código Fux (CPC/2015). Embargos declaratórios do IAPEP rejeitados.

1. Os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, o que não se verifica na espécie.

2. *No caso em apreço, o aresto embargado resolveu fundamentadamente toda a controvérsia posta, tendo manifestado o entendimento de que o art. 33 do ECA deve prevalecer sobre a norma previdenciária, em razão do princípio constitucional da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, nos termos da jurisprudência do STJ. Precedentes: AgInt no REsp 1.312.012/PI, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 10.4.2017; AgRg no AREsp 59.461/MG, Rel. Min. Olindo Menezes, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp 1.548.012/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.11.2015; RMS 36.034/MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 15.4.2014 e REsp 1.339.645/MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 4.5.2015.*

3. *A interpretação da Constituição Federal e dos seus princípios e valores deve, sempre, se sobrepor às prescrições das leis escritas, não sendo lícito ao intérprete interpretar os preceitos superiores a partir das criações sub-constitucionais, mas deve proceder de forma exatamente inversa.*

4. Não se constatando a presença de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022 do Código Fux (CPC/2015), a discordância da parte quanto ao conteúdo da decisão não autoriza o pedido de declaração, que tem pressupostos específicos, os quais não podem ser ampliados.

5. Embargos de Declaração do IAPEP rejeitados.

(EDcl no AgInt no REsp 1.316.633/PI, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 25.05.2017)

7. Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para julgar procedente o pedido de guarda póstuma em relação a J M Z, com todos os efeitos daí decorrentes.

É o voto.

### VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, tendo em vista as peculiaridades desse caso, notadamente o pedido ter sido requerido em vida pela solicitante da guarda, a convivência da menor desde o nascimento com a autora da ação, a deficiência permanente da criança e a impossibilidade de seus genitores de exercer essa guarda a contento, acompanho o voto do eminente Relator.

Penso que o óbito da autora, enquanto pendente a causa, não deve afetar a conclusão em benefício da menor. Assim, tendo em vista essas circunstâncias excepcionabilíssimas, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 1.679.909-RS (2017/0109222-3)

---

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Claudia Medeiros Moreira Tomasi

Recorrente: Ivan Tomasi

Advogados: Gustavo Fausto Miele - RS018950

Luiz Carlos Branco da Silva e outro(s) - RS025377

Recorrido: Cooperativa Agropecuária Petrópolis Ltda PIA

Advogados: Heitor A. Pagnan e outro(s) - RS040797

Josias Wehrmann - RS059083

Camila Lamberty Schenkel - RS095420

---

### EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Aplicação imediata das normas processuais. *Tempus regit actum*. Recurso cabível. Enunciado

Administrativo n. 1 do STJ. Exceção de incompetência com fundamento no CPC/1973. Decisão sob a égide do CPC/2015. Agravo de instrumento não conhecido pela Corte de origem. Direito Processual adquirido. Recurso cabível. Norma processual de regência. Marco de definição. Publicação da decisão interlocutória. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Interpretação analógica ou extensiva do inciso III do art. 1.015 do CPC/2015.

1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (*tempus regit actum*), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

2. No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo n. 1 do STJ.

3. No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal *a quo*.

4. A publicação da decisão interlocutória que dirimir a *exceptio* será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual.

5. Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma *ratio* -, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.

6. Recurso Especial provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

---

DJe 1º.2.2018

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* Ivan Tomasi e Claudia Medeiros Moreira Tomasi apresentaram exceção de incompetência, datada de 4 de dezembro de 2015, em face da Cooperativa Agropecuária Petrópolis Ltda, ao argumento de que a causa versa sobre contrato de adesão com cláusula abusiva de eleição de foro - comarca de Nova Petrópolis/RS - e, por conseguinte, pleiteia o reconhecimento da competência da 6ª Vara da Comarca de Caxias do Sul/RS, haja vista que lá tramita ação rescisória/declaratória, tendo como objeto os mesmos títulos em discussão, além do fato de ser o domicílio dos excipientes (fls. 34-50).

Em 28.4.2016, o magistrado de piso afastou a *exceptio declinatoria fori* por não se cogitar de relação de consumo, mas de dívida puramente comercial havida entre as partes, devendo prevalecer o que consta na cláusula de eleição de foro firmada no termo de confissão de dívida (fls. 26-29).

Interposto agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

*Agravo interno. Decisão monocrática. Negativa de seguimento a agravo de instrumento. Decisão que desacolhe incidente de exceção de incompetência. Inadmissibilidade do recurso. Hipótese não contemplada no art. 1.015 do NCPC. Negaram provimento ao agravo interno. Unânime.*

(fls. 547-554)

Irresignados, interpõem recurso especial, com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, por vulneração ao art. 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015.

Aduzem que a exceção de incompetência foi oposta sob a égide do CPC/1973, de modo que cabível a interposição de agravo de instrumento em face da decisão interlocutória que a resolveu, ainda que publicada após a vigência do novo CPC.

Salientam que “a propositura não era prevista na forma de preliminar da defesa/Contestação, mas sim na forma de incidente autônomo. Assim, em tendo o CPC/2015 extinto o incidente, não pode restar a parte sem direito de defesa/recurso, o que ampara o cabimento da interposição do recurso de Agravo de Instrumento”.

Afirmam que “deve ser utilizada, por aplicação analógica, a previsão constante no artigo 1.046, § 1º, do CPC/2015, no sentido de que a legislação revogada – que previa a interposição de Agravo de Instrumento, se aplica em relação a ato processual posterior à entrada em vigor do novo diploma – *in casu*, prolação de decisão na Exceção de Incompetência”.

Ponderam que “se a nova lei não prevê a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento para o caso em questão, os ora recorrentes devem simplesmente se ‘conformar’ com a decisão de primeiro grau proferida? Ou, em outras palavras, qual seria o recurso cabível para a hipótese?”.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial (fl. 586).

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 588-592), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (fls. 630-631).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A primeira questão jurídica controvertida está em definir qual a norma processual de regência do recurso tirado de exceção de incompetência manejada sob a égide do CPC/1973, mas cuja decisão interlocutória ocorreu sob os ditames do novo CPC, notadamente por ter o incidente deixado de existir.

Ao analisar a demanda, a Corte de origem não conheceu do agravo de instrumento:

*Inicialmente, cumpre salientar que ao agravo de instrumento n. 70069786085 se aplicam as disposições constantes no Novo Código de Processo Civil.*

*Veja-se que o Novo CPC, em vigência desde 18 de março de 2016, terá, conforme art. 14 da novel norma, aplicabilidade imediata, não retroagindo somente em relação aos atos já praticados.*

Trata-se da teoria do isolamento dos atos processuais amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência para regular a aplicação da lei processual, tudo de acordo com o primado do *tempus regit actum*.

Tal regra vigora mesmo em sede recursal.

*De fato, a lei processual nova se aplica imediatamente, somente não retroagindo para alterar direitos processuais adquiridos, o que, em realidade, reflete previsão constitucional inserta no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, com finalidade de proteger a segurança jurídica.*

*Por essa razão, a regra processual aplicável para admissibilidade dos recursos, consoante amplamente difundido pela doutrina e incorporado pelo STJ, nos termos dos Enunciados Administrativos 2 e 3 de tal Corte, é aquela da data de publicação da decisão, pois, neste momento, nasce o direito de recorrer da parte, não passível, a priori, de alteração por lei superveniente, sob pena de afronta à segurança jurídica.*

*Percebe-se, então, que, para fins de aferição da legislação aplicável ao cabimento do presente recurso, é indiferente o fato de a exceção de incompetência ter sido oposta antes da vigência do NCPC.*

*Não se aplica, à hipótese, o art. 1.046, § 1º, do NCPC, norma excepcional de interpretação restritiva, que prevê uma eficácia ultra-ativa do CPC de 1973 somente para o procedimento sumário e os procedimentos especiais revogados pelo novel diploma.*

*No caso, consoante se afere da fl. 31 dos autos eletrônicos do agravo de instrumento, a decisão recorrida foi publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 19.05.2016. Aplicável, portanto, o disposto no art. 1.015 do NCPC, que trata das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento. Confira-se:*

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
- XII - (*Vetado*);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

*A inconformidade da parte agravante diz respeito, portanto, à decisão que desacolheu exceção de incompetência, hipótese não contemplada no referido dispositivo, nem no art. 340 do NCPC, razão pela qual não se mostra cabível a interposição do agravo de instrumento.*

*Neste contexto, nos termos do art. 932, III do NCPC, era impositivo o não conhecimento do recurso por ausência de pressuposto de cabimento.*

(fls. 548-554)

3. Como sabido, segundo o regramento processual de 1973, o réu podia defender-se da pretensão inicial de diversas formas, dentre as quais, suscitar incidentes, nominados de exceções rituais, como a exceção voltada a discutir a competência do juízo.

A incompetência absoluta deveria ser arguida, como regra, em preliminar da contestação (art. 301, II), apesar de que, por ser questão de ordem pública, poderia ser reconhecida a qualquer tempo e sob qualquer forma de manifestação, inclusive *ex officio*.

A exceção de incompetência, diferentemente, era defesa processual indireta, voltada não à extinção do processo, mas à correção de vício processual – a incompetência relativa do Juízo –, atuada em apenso e que tinha como efeito a suspensão do processo.

A inércia da alegação ensejava a preclusão da *quaestio*, sendo vedada ao magistrado reconhecê-la de ofício (Súm. 33 do STJ).

Conclusos os autos, o magistrado determinava o processamento da exceção, “ouvindo o excepto dentro em dez dias e decidindo em igual prazo” (CPC/1973, art. 308).

A referida exceção era decidida pelo juiz que presidia o processo, por decisão interlocutória que desafiava agravo de instrumento (não retido).

De outra parte, o CPC/2015 concentrou ainda mais as razões de defesa do réu, trazendo para o bojo da contestação diversas formas de resposta, como a incompetência absoluta/relativa e a incorreção do valor da causa (art. 337, II e III).

Realmente, “o novo Código, procurando concentrar *na contestação* toda a matéria de defesa a ser arguida pelo réu (art. 336), ali inclui a alegação de ambas as espécies de incompetência, ou seja, a *absoluta* e também a *relativa* - e não só a absoluta, como no estatuto anterior (CPC-73, art. 297 *etc*)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 54).

Dessarte, no tocante à incompetência relativa, apesar da abolição da exceção ritual, restou mantida a pretensão da parte quanto a tal defesa, não como incidente processual, mas como matéria a ser alegada em preliminar de contestação.

Não se pode olvidar, no entanto, que o STJ já vinha reconhecendo a possibilidade de a exceção ritual ser alegada como preliminar de contestação:

Conflito de competência. Arguição de incompetência relativa. Preliminar em contestação. Possibilidade, desde que não haja prejuízo.

1. A teor do Art. 112 CPC, a incompetência relativa deve ser argüida por exceção, cuja ausência conduz à prorrogação da competência (Art. 114, CPC).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mitigou o rigor técnico da norma e passou a admitir a arguição de incompetência relativa em preliminar de contestação, sob o argumento de que o defeito não passa de mera irregularidade, a ser convalidada com base no princípio da instrumentalidade.

3. Embora se trate de simples irregularidade, a arguição de incompetência relativa em preliminar de contestação só pode ser convalidada com base na regra da instrumentalidade se não resultar prejuízo à parte contrária.

(CC 86.962/RO, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, julgado em 13.02.2008, DJe 03.03.2008 - grffou-se)

Estabelece o *novel* diploma que “a incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação” e, no tocante à última, quando não exercida a *exceptio*, prorroga-se-á a competência (relativa) (art. 65), podendo a incompetência absoluta, como sempre o foi, ser alegada a qualquer tempo e declarada de ofício (art. 64, § 1º), não havendo falar em preclusão temporal.

Acolhida a incompetência, os autos serão remetidos ao juízo competente (§ 3º do art. 64), aproveitando-se as decisões proferidas pelo magistrado incompetente, inclusive quanto aos seus efeitos (§ 4º), incorporando-se, no ordenamento, a *translatio iudicii*.

4. Nesse passo, é pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (*tempus regit actum*), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC.

E apesar de a lei processual ter, como norma, o efeito imediato e geral, aplicando-se aos processos pendentes (NCPC, art. 1.046), deve respeito, por outro lado, ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Com efeito, “a lei processual - e nisso não difere de nenhuma outra - dispõe para o futuro, respeitando os atos e os ‘efeitos’ dos atos praticados sob a égide da lei revogada. É a consagração do princípio *tempus regit actum* que não impede que os atos processuais futuros e os fatos com repercussão no processo se subsumam aos novos ditames da lei revogadora. Assim, se a revelia ocorreu sob o pálio de lei que lhe atribuía como efeito processual impor o julgamento antecipado, o advento de lei nova não retira do autor o direito subjetivo àquele pronunciamento decorrente da inatividade processual do réu. Idêntico raciocínio nos conduz a vincular os efeitos da sentença à lei vigente ao momento da prolação do ato decisório final” (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35).

Dessarte, a lei nova deve respeitar os atos processuais já realizados e consumados, incidindo sobre aqueles que estão pendentes e não podendo retroagir para prejudicar direitos processuais adquiridos.

Nessa linha, no que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater.

Tal posicionamento foi cristalizado pelo Plenário da Casa, na sessão realizada no dia 9.3.2016, em que, por unanimidade, aprovou-se a edição do Enunciado Administrativo n. 1: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”.

5. No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal *a quo*.

De fato, como se percebe, remanesceu para a parte o direito de ver o seu incidente decidido nos moldes do CPC/1973, apesar de a referida exceção ritual ter sido abolida pelo CPC/2015, porque, segundo penso, há direito processual adquirido, não podendo ser prejudicado pela nova lei.

Por conseguinte, não poderá a pretensão ser afastada sob eventual argumento de não ter sido arguida em preliminar de contestação, como exige o *novel* diploma.

Com efeito, tenho que a publicação da decisão interlocutória que dirimir a *exceptio* será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual.

Assim, ficam garantidas, na sistemática do isolamento dos atos processuais, a irretroatividade das novas disposições em relação ao processo em curso (mantendo-se a disciplina da *exceptio*) e, ao mesmo tempo, há a imediata aplicação do novo regramento, conforme exigência das regras de direito intertemporal.

De fato,

não pode a lei nova retirar a proteção jurisdicional antes outorgada a determinada pretensão, excluindo ou comprometendo radicalmente a possibilidade do exame desta de modo a tornar impossível ou particularmente difícil a tutela antes prometida. É até tolerável a retirada de uma tutela *específica*, desde que outras vias suficientes subsistam [...] restando ao titular do eventual direito alguma outra via processual a percorrer [...], isso basta para legitimar a aplicação da lei nova. Inexiste direito adquirido a *determinada via processual* a ser percorrida em busca da tutela jurisdicional ou a determinada categoria de ação (DINAMARCO, *ob. cit.*, p. 190).

Na espécie, como dito, apesar da retirada da exceção de incompetência relativa do ordenamento, restou mantido pelo *novel* diploma outra via processual adequada à sua arguição, por meio de preliminar de contestação, legitimando, assim, a incidência da nova lei.

6. A segunda questão jurídica controvertida está em definir qual o recurso cabível, já sob os ditames do CPC/2015, da decisão interlocutória que define a pretensão relativa à incompetência relativa, avaliando se o rol previsto no artigo 1.015 é ou não taxativo.

É sabido que, ao contrário do Código Buzaid, que possibilitava a interposição do agravo de instrumento contra toda e qualquer interlocutória, o novo Código definiu que tal recurso só será cabível em face das decisões expressamente apontadas pelo legislador.

Realmente, “com a postergação da impugnação das questões decididas no curso do processo para as razões de apelação ou para suas contrarrazões e com a previsão de rol taxativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, o legislador procurou a um só tempo prestigiar a estruturação do procedimento comum a partir da oralidade (que exige, na maior medida possível, irrecurribilidade em separado das decisões interlocutórias), preservar os poderes de condução do processo do juiz de primeiro grau e simplificar o desenvolvimento do procedimento comum” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 946).

Confira-se o dispositivo legal:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (*Vetado*);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Nessa ordem de ideias, apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015, penso que a decisão interlocutória, relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma.

Deveras, a possibilidade de imediata recorribilidade da decisão advém de exegese lógico-sistemática do diploma, inclusive porque é o próprio Código que determina que “o juiz decidirá *imediatamente* a alegação de incompetência” (§ 3º do art. 64).

Evitam-se, por essa perspectiva: a) as inarredáveis consequências de um processo que tramite perante um juízo incompetente (passível até de rescisória - art. 966, II, CPC); b) o risco da invalidação ou substituição das decisões (art. 64, § 4º, primeira parte); c) o malferimento do princípio da celeridade, ao se exigir que a parte aguarde todo o trâmite em primeira instância para ver sua irrisignação decidida tão somente quando do julgamento da apelação; d) tornar inócua a discussão sobre a (in)competência, já que os efeitos da decisão proferida poderão ser conservados pelo outro juízo, inclusive deixando de anular os atos praticados pelo juízo incompetente, havendo, por via transversa, indevida “perpetuação” da competência; e) a angústia da parte em ver seu processo dirimido por juízo que, talvez, não é o natural da causa.

Trata-se de interpretação extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 - “rejeição da alegação de convenção de arbitragem” -, já que ambas possuem a mesma *ratio* -, qual seja afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.

Aliás, é o entendimento da doutrina especializada, *verbis*:

O art. 1.015, III CPC, prevê o cabimento do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que rejeita a alegação de convenção de arbitragem - prevê o agravo de instrumento, portanto, contra decisão que nega eficácia a negócio

processual que diz respeito à competência, ainda que reflexamente. A decisão que acolhe a alegação de convenção de arbitragem é sentença e, pois, apelável.

*Não há previsão expressa de agravo de instrumento contra decisões que versam sobre competência.*

*As hipóteses de cabimento de agravo de instrumento são taxativas. A taxatividade não impede, porém, a interpretação extensiva.*

Um exemplo histórico serve para fundamentar esse raciocínio. As hipóteses de cabimento de ação rescisória são taxativas - não há sequer discussão a respeito do assunto na doutrina. O inciso VIII do art. 485 do CPC-1973 previa a ação rescisória para o caso de haver razão para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseava a sentença rescindenda. Nada obstante isso, a doutrina estendia essa hipótese de cabimento para os casos de reconhecimento da procedência do pedido, não previsto expressamente, além de corrigir a referência à desistência, que deveria ser lida como renúncia ao direito sobre o que se funda a entendimento era unânime.

*A interpretação extensiva da hipótese de cabimento de agravo de instrumento prevista no inciso III do art. 1.015 é plenamente aceitável. É preciso interpretar o inciso III do art. 1.015 do CPC para abranger as decisões interlocutórias que versam sobre competência.*

O foro de eleição é um exemplo de negócio jurídico processual; a convenção de arbitragem, também. Ambos, a sua maneira, são negócios que dizem respeito à competência do órgão jurisdicional.

*Primeiramente, em razão da identidade de ratio: são situações muito semelhantes, as quais, até mesmo pela incidência do princípio da igualdade (art. 7º CPC), não poderiam ser tratadas diferentemente: alegação de convenção de arbitragem e alegação de incompetência têm por objetivo, substancialmente, afastar o juízo da causa. Ambas são formas de fazer valer em juízo o direito fundamental ao juiz natural - juiz competente e imparcial, como se sabe.*

*Em segundo lugar, caso não se admita o agravo de instrumento nessa hipótese, perderia a utilidade a discussão sobre o foro de eleição. É que, sendo caso de incompetência relativa, o reconhecimento futuro da incompetência do juízo em razão do foro de eleição, por ocasião do julgamento da apelação (art. 1.009, § 1º, CPC), seria inócuo, pois o processo já teria tramitado perante o juízo territorialmente incompetente e, ademais, a decisão não poderia ser invalidada. Essa é a razão pela qual se previu o agravo de instrumento da decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem: ou cabe o recurso imediatamente, ou a discussão perderia sentido após a tramitação inteira do processo em primeira instância.*

Em terceiro lugar qualquer decisão sobre alegação de convenção de arbitragem é impugnável, quer seja ela acolhida (apelação), quer tenha sido ela rejeitada (agravo de instrumento). *A decisão que examina a alegação de incompetência é,*

em regra, decisão interlocutória - acolhendo-a ou rejeitando-a; o processo não se extingue, no máximo sendo reencaminhado ao juízo competente, caso a alegação tenha sido acolhida. Não há razão para que a alegação de incompetência tenha um tratamento isonômico.

Em quarto lugar, imagine-se o caso de decisão que declina a competência para a Justiça do Trabalho. Caso não seja possível impugná-la imediatamente, pelo agravo de instrumento, a decisão se tornaria rigorosamente irrecorrível, já que o Tribunal Regional do Trabalho, ao julgar o recurso ordinário contra a futura sentença do juiz trabalhista, não poderia rever a decisão proferida no juízo comum - o TRT somente tem competência derivada para rever decisões de juízos do trabalho a ele vinculados.

Bem pensadas as coisas, portanto, é preciso estender a hipótese do inciso III do art. 1.015 a qualquer decisão sobre a competência do juízo, seja ela relativa, seja ela absoluta.

(DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 237-238 - grifou-se)

Embora o código não indique o cabimento de agravo de instrumento quanto à decisão sobre competência - indicando que a parte deva insurgir-se sobre a questão na apelação (art. 1.009, § 1º, CPC) -, parece evidente que essa decisão merece ser recorrível de imediato. O risco de decisões invalidadas, ou que precisem ser substituídas (art. 64, § 3º, CPC) somado à gravidade das consequências da tramitação de causa perante juízo absolutamente incompetente (passível até de ação rescisória - art. 966, II, CPC) não apenas demonstram que o rol do art. 1.015 deve ser admitir exceções, mas ainda sugere que se deva admitir agravo de instrumento contra a decisão de decide sobre a incompetência.

[...]

A fim de limitar o cabimento do agravo de instrumento, o legislador vale-se de técnica da enumeração taxativa das suas hipóteses de conhecimento. Isso não que dizer, porém, que não se possa utilizar a analogia para interpretação das hipóteses contidas nos textos. Como é amplamente reconhecido, o raciocínio analógico perpassa a interpretação de todo o sistema jurídico, constituindo ao fim e ao cabo um elemento de determinação do direito. O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação. O legislador refere que cabe agravo de instrumento, por exemplo, contra as decisões interlocutórias que versarem sobre 'tutelas provisórias' (art. 1.015, I, CPC). Isso obviamente quer dizer que tanto o deferimento como o indeferimento de tutela sumária desafia agravo de instrumento [...] Do contrário, há violação da regra da igualdade e, em especial, do direito fundamental à paridade de armas no processo civil (arts. 5º, I, CF, e 7º, CPC).

(MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.*, p. 146 - grifou-se)

O ato do juiz reconhecendo a incompetência absoluta é sempre uma decisão interlocutória. Ao reconhecê-la ele declina de prosseguir na direção do processo e determina a remessa dos autos ao órgão ou Justiça competente, sem extingui-lo (art. 64, § 2º - *supra*, n. 249). Dificilmente o juiz de ofício, e portanto sem provocação alguma, tomará a iniciativa de examinar sua competência absoluta, *para afirmá-la. Se ele o fizer, de igual modo seu pronunciamento será uma decisão interlocutória e o recurso cabível, o agravo.*

(DINAMARCO, Cândido R. *Ob. cit.*, p. 807 - grifou-se)

Não se pode deixar de registrar posicionamentos defendendo outras formas de impugnação, tais como o mandado de segurança, *verbis*:

*Da decisão interlocutória que acolhe ou rejeita a alegação de incompetência do réu - tanto a absoluta como a relativa - não cabe agravo de instrumento, por não estar tal decisão prevista no rol do art. 1.015 do Novo CPC e tampouco existir uma previsão específica de cabimento de tal espécie recursal. A recorribilidade deverá ser feita por alegação em apelação ou contrarrazões de apelação, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC, mas nesse caso não é preciso muito esforço para se notar a inutilidade da via recursal prevista em lei. Como os atos praticados pelo juízo incompetente, inclusive no caso de incompetência absoluta, não são nulos, mesmo que o tribunal de segundo grau reconheça a incompetência no julgamento da apelação, poderá, nos termos do art. 64, § 4º do Novo CPC, deixar de anular os atos praticados em primeiro grau pelo juízo incompetente. Diante de tal situação, entendo ser cabível o mandado de segurança contra tal decisão.*

(NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 585 - grifou-se)

No entanto, todos acabam por reconhecer a necessidade do estabelecimento de alguma forma mais célere de impugnação à decisão interlocutória que defina a competência, já que a demora pode ensejar consequências danosas ao jurisdicionado e ao processo, além de tornar-se extremamente inútil o aguardo da definição da *quaestio* apenas no julgamento pelo Tribunal de Justiça, em preliminar de apelação (NCPC, art. 1.009, § 1º).

7. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para, superado o cabimento do agravo de instrumento, determinar que o Tribunal de origem aprecie o recurso como entender de direito.

É o voto.