

JURISPRUDÊNCIA DA TERCEIRA TURMA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 8.024 — RS

(Registro nº 96.0079039-6)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito*

Recorrente: *Banco Itaú S/A*

Recorridos: *Estado do Rio Grande do Sul e Luiz Fernando Rocha Ximenez*

Impetrado: *Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de São Borba-RS*

Tribunal de origem: *Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Drs. Itamara Duarte Stockinger e outros, Cláudia Santalo Rebello e outros, e Adyr Andrade Ledesma e outro*

EMENTA: *Mandado de segurança. Concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento. Perda do objeto. Cabimento do recurso ordinário.*

1. Cabe recurso ordinário constitucional contra o Acórdão que reconhece a prejudicialidade do mandado de segurança por falta de objeto, eis que não concedido *writ*, também, nessa hipótese. Precedentes da Corte.

2. Perde objeto o mandamus quando é julgado o agravo de instrumento ao qual se pretende conferir efeito suspensivo.

3. Não repercute, no caso, a interposição de recurso extraordinário contra o Acórdão que julgou o agravo de instrumento, considerando que o apelo extremo não tem efeito suspensivo. Nessa hipótese, cabe ao interessado postular a concessão de efeito suspensivo ao apelo extremo perante a Corte competente e pela via processual adequada.

4. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 15 de dezembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Relator.

Publicado no DJ de 16-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Banco Itaú S/A ingressa com o presente recurso ordinário em mandado de segurança, inconformado com o v. Acórdão de fls. 53 a 55, proferido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado, **verbis**:

“Mandado de segurança. Efeito suspensivo a agravo de instrumento. Perda de objeto.

É de ser julgado prejudicado, por falta de objeto, mandado de segurança impetrado para agregar efeito suspensivo a agravo de instrumento julgado anteriormente ao *writ* (fls. 53).

O recorrente alega que:

“(…)

Respeitosamente, entende a recorrente que há de ser modificada a referida decisão, por haver a ora recorrente interposto recurso extraordinário da decisão que julgara o agravo de instrumento, conforme cópia que se junta com a presente.

Sendo interposto recurso do acórdão que julgara o agravo ao qual se buscava agregar efeito suspensivo, evidente que aquela decisão não transitou em julgado, com o que permanece o interesse no julgamento do mandado de segurança, pois não perdeu objeto o **mandamus**.

A tutela buscada pela recorrente, para inserção do nome do devedor em questão no SERASA, é perfeitamente legal, pois não representa sua exposição ao ridículo, como vedado pelo art. 42 da Lei 8.078/90, nem tampouco materializa qualquer inverdade, sendo inconstitucional, isto sim, a decisão recorrida que entendeu haver perdido objeto o **mandamus**, enquanto na realidade tal não ocorreu.” (fls. 60)

O Estado do Rio Grande do Sul apresentou contra-razões (fls. 66 a 72).

Opina o Dr. Francisco Adalberto Nóbrega, ilustrado Subprocurador-Geral da República, pelo não-conhecimento do recurso, aduzindo que o *writ* perdeu o objeto e que não cabe

o recurso ordinário por não se cuidar de Acórdão denegatório da ordem (fls. 75/76).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (Relator): Preliminarmente, o recurso deve ser conhecido, sendo plenamente cabível, eis que não concedida a ordem requerida. Não importa que o mandado de segurança tenha sido considerado prejudicado. A propósito, trago os seguintes precedentes deste Tribunal:

“Recurso especial. Mandado de segurança impetrado perante Tribunal de Justiça. Não conhecimento da impetração. Cabimento de recurso ordinário. Erro grosseiro. Não aplicação do princípio da fungibilidade.

1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que contra Acórdão proferido em única instância por Tribunais Regionais Federais, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios que denega, não conhece, extingue ou, de alguma outra forma, deixa de conceder o mandado de segurança, cabe a interposição do recurso ordinário previsto no art. 105, item II, alínea b, da Constituição Federal.

2. Considera-se erro grosseiro e inescusável a interposição de recurso especial em hipóteses como a presente, não se admitindo a

aplicação do princípio da fungibilidade, ressalvado o posicionamento pessoal de alguns Ministros desta Corte quanto a esta questão, mas que cedem à orientação jurisprudencial majoritária.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 57.175/SP, 3ª Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 03/02/97)

“Mandado de segurança. Não conhecimento do recurso ordinário.

A jurisprudência do STF e do STJ tem entendido que da decisão denegatória, indeferitória, ou que não conhece do mandado de segurança, é cabível o recurso ordinário. Precedentes. O mandado de segurança não é a via processual adequada para atacar decisão interlocutória alcançada pela preclusão, pela falta de interposição de agravo de instrumento. Recurso ordinário conhecido, mas improvido.” (RMS nº 5.955/SP, 1ª Turma, Relator Ministro José de Jesus Filho, DJ de 19/05/97)

O recorrente impetrou o mandado de segurança para dar efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto nos autos de ação revisional de cláusulas contratuais, permitindo a inclusão do nome do cliente Luiz Fernando Rocha Ximenez no rol de inadimplentes do SERASA e do SPC.

Certificado nos autos o julgamento do agravo de instrumento (fls.

115), o Tribunal, **a quo**, corretamente, reconheceu a perda do objeto do **mandamus**, estando de conformidade com a jurisprudência desta Corte:

“Mandado de segurança. Efeito suspensivo. Agravo de instrumento. Vícios em título executivo extrajudicial.

1. Perde o objeto o mandado de segurança ante o julgamento do agravo de instrumento ao qual se pretendia conferir efeito suspensivo, alcançando as nulidades dos títulos executivos apontadas também na inicial.

2. Recurso ordinário improvido.” (RMS nº 6.608/RS, 3ª Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 29/10/96)

“RMS. Mandado de segurança visando dar efeito suspensivo a agravo que já foi julgado. Recurso prejudicado.

1. O recorrente impetrou mandado de segurança visando dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento que já foi julgado.

2. Recurso prejudicado por falta de objeto.” (RMS nº 6.943/SP, 6ª Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 09/06/97)

“Apelação. Efeito suspensivo. Mandado de segurança.

— Perda de objeto. Assim acontece desde que julgada a apelação a que se pretendia dar tal efeito.” (RMS nº 7.323/SP, 5ª Turma, Relator Ministro José Dantas, DJ de 03/02/97)

A interposição de recurso extraordinário contra o Acórdão proferido no julgamento do agravo, por outro lado, não tem qualquer efeito, já que o referido apelo constitucional não tem efeito suspensivo, conforme estabelece o art. 542, § 2º do Código de Processo Civil.

Nessa hipótese, deve postular, agora, efeito suspensivo ao recurso extraordinário perante a Corte competente e pela via processual adequada.

Apreciando aspecto semelhante, esta 3ª Turma decidiu:

“Mandado de segurança. Agravo julgado. Decisão a considerar o writ prejudicado.

Encerrado o processo principal com o julgamento do agravo fica sem objeto o mandado de segurança impetrado com o objetivo de sustar o efeito da decisão agravada.

O fato de não haver transitado em julgado a decisão proferida no agravo não confere utilidade ao pedido contido no *writ*, eis que somente através de um recurso extraordinário ou de um recurso especial, recursos excepcionais também sem efeito suspensivo, poderia o processo principal ter continuidade.” (RMS nº 6.037-GO, 3ª Turma, Relator Ministro Cláudio Santos, DJ de 20/11/95)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.033 — RS

(Registro nº 93.0016855-0)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Celina da Cunha Moraes*

Recorrido: *Luiz Antero Cunha de Moraes*

Interessados: *Izar Aparecida de Moraes Xausar e outros*

Advogados: *Drs. Hugo Mósca e outros, Gregório Antonio Bonilla e outros, e Walter Jobim Neto e outros*

Sustentação oral: *Dr. Hugo Mósca, pela recorrente*

EMENTA: Adoção e testamento.

Não existem, se não quando observadas as exigências estabelecidas em lei. A circunstância de que alguém tenha manifestado a intenção de adotar ou de testar não releva para esses fins, se o ato jurídico não veio a ser efetivamente praticado. Inexistência de pretensa adoção de fato. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Sustentou, oralmente, o Dr. Hugo Mósca, pela recorrente. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Menezes Direito, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 7 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

Publicado no DJ de 01-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuida-se de Ação Cautelar de Produção Antecipada de Prova Testemunhal, objetivando a declaração (com ulterior propositura de Ação Declaratória) da existência do *ato de adoção*, ao fundamento de que tanto o processo de alteração de nome, como a escritura de adoção *desapareceram de maneira suspeita e milagrosa*.

O acórdão proferido em Embargos Infringentes (fls. 398) assim concluiu:

“Intuito de preservação da verdade processual em face do temor de ao tempo da prova, considerando a idade avançada das testemunhas, estas já não mais exis-

tam. Possibilidade jurídica da pretensão, uma vez que a validade e a eficácia cabem examinar na ação principal, se proposta for.

Votos vencidos inadmitindo qualquer utilidade de prova exclusivamente testemunhal para a demonstração de adoção, ato formal a exigir escritura pública (art. 375 do Cód. Civil).”

Insurgindo-se contra esse entendimento a recorrente Celina Cunha de Moraes, naquela Cautela de Produção Antecipada de Prova, requerida, interpõe Especial (letras a e c) onde alega que o aresto, no seu entender, teria violado os arts. 134; 370 e 375 do Cód. Civil; 375 da Lei dos Registros Públicos, bem como o art. 2º do CPC. Sustenta que o **decisum** teria também dissentido da jurisprudência colacionada às fls. 442.

No Tribunal de origem (fls. 451), indeferiu-se o seguimento do apelo, quanto ao dissídio pretoriano, por não se ter comprovado a ocorrência de tal, todavia, tocante à letra **a**, acolheu-se-o, ao fundamento de que, à exceção do art. 375 da Lei dos Registros Públicos, a matéria, atinente à possibilidade ou não de produção antecipada de prova testemunhal destinada a lastrear futura Ação Declaratória (revelando existente ato verbal de doação) expressa controvérsia jurídica suscetível de reexame por esta Corte.

Às fls. 390, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso, atendendo a que o eg. STJ, no precedente REsp 57.220-RJ, já

emitira entendimento sobre a hipótese. Os autos foram remetidos ao *Parquet* em 1º/8/93, vindo-me conclusos em 06/8/97.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O cerne da questão foi assim deduzido pelo em. Relator (fls. 402/406):

“A inicial da produção antecipada de provas é bastante sintética e assim está vazada, no que interessa, a exposição do meu voto: “O postulante, pela certidão em anexo, em face de adoção e por pedido de Protásio Lima de Moraes e Celina da Cunha Moraes teve seu nome alterado, passando de Luiz Antero Soares para Luiz Antero Cunha de Moraes. Mesmo que essa adoção trouxesse reflexos até no campo sucessório, com a morte do adotante varão, tanto o processo de alteração do nome como a escritura de adoção, de maneira suspeita e milagrosa, sumiram de forma tal que não são encontrados em parte alguma, nem nesta Comarca nem em qualquer outro lugar onde os adotantes tivessem vínculos, tampouco no Arquivo Público Estadual”. E prossegue a inicial: “Para restaurar os seus direitos advindos da adoção referida, o postulante pretende, através de ação declaratória de existência do ato, ver conhecidos como existentes a adoção e os

seus direitos que dela emanam, o que D. Celina, mãe adotiva, insiste em negá-los. Para isso, deverá contar com a produção de prova testemunhal onde prestarão depoimentos pessoas septuagenárias e que, pela avançada idade, teme-se que venham a morrer antes da ação principal a ser proposta, possa assumir a instrução. Se tal acontecesse sem ser prevenido através desta cautela, certamente a verdade processual estaria prejudicada e, com ela, a perfeita aplicação da justiça e o acionante sofreria irretocáveis prejuízos”.

De sorte que, eminente Presidente, dentro dessa limitação do pedido, afigura-se-me não só possível juridicamente a demonstração do que é requestado, como também não vedado eventual pronunciamento judicial a respeito dessa prova em futura ação que venha a ser intentada para objetivar seus efeitos. Por não ser vinculativo do juízo a ação anunciada como a ser proposta em decorrência dessa prova antecipada não me impressiona o seu **nomen juris**. A inicial, no caso, anuncia que a ação a ser proposta será uma declaratória. Penso que poderia ser qualquer outra. Poderia, por exemplo, ser uma ação de suprimento de registro aos moldes previstos na Lei de Registros Públicos, a Lei nº 6.015/73, segundo os ditames do art. 109, ou qualquer ação pertinente à consecução dos objetivos do ora embargado. A validade, a eficácia, a abrangência e os efeitos

da prova assim pretendida produzir pertencem ao exame de ação principal, se chegar a ser proposta.

Nesta conformidade, parece-me que a douta maioria, pelo voto condutor do eminente Des. Luiz Fernando Koch, apreciou com propriedade a questão, deixando em aberto o exame da possibilidade jurídica ao juízo futuro.

Destaco do voto do então eminente Relator o seguinte: “O que cabe, então, na espécie ponderar e que, em meu modo de ver, confere o interesse nesta cautela, é que Protásio Lima de Moraes poderia adotar o requerente. A produção antecipada de provas só não caberia se essa adoção fosse impossível. Como ele poderia adotar, há que se considerar como existente o interesse no ajuizamento da cautelar. Alegou-se, também, que o direito já estaria prescrito porque existe nos autos uma notificação anterior em que se pretendeu a interrupção da prescrição para uma eventual ação de investigação de paternidade. Quer seja ação de investigação de paternidade, ainda que essa interrupção não haja produzido efeito, quer seja ação de reconhecimento de adoção, por se tratarem de ações de estado — e aqui não se está falando, pelo menos por enquanto, de efeitos patrimoniais — não há que cogitar em torno da prescrição, embora nas ações cautelares possa-se cogitar da extinção do feito em razão de prescrição da ação principal.”

Parece-me que a suma da pretensão da cautelanda é esta que está aí e não se poderia, a bem da Justiça, fechar as portas ao postulante até porque, no caso, a prova já foi coletada. Há um começo de prova escrita a respeito dos fatos probandos e as testemunhas foram ouvidas, com exceção de uma delas que morreu intercorrentemente, como temido na inicial. De sorte que, a esta altura, Sr. Presidente, com renovada vênua, parece-me que o panorama já está desenhado e a questão apenas se remeteria à eventual ação principal que pretendesse utilizar a prova assim coletada.”

Ainda nesses infringentes, acompanhando o voto minoritário do em. Revisor, dilucida o em. Des. Adroaldo Furtado Fabrício (fls. 412):

“É através desse requisito do interesse, às vezes, conjugado com o conceito de possibilidade jurídica do pedido, que o Estado prestador de jurisdição protege a si próprio e ao jurisdicionado contra o abuso da jurisdição, isto é, a convocação da jurisdição para um exercício inútil, para uma atuação que não poderá, e isto **prima facie** evidenciado, conduzir a qualquer resultado útil para a parte.”

E mais à frente (fls. 413):

“A ninguém ocorreria afirmar o contrário. O que se afirma, isto sim, é que a prova pretendida, no

caso concreto, é prova impossível de se fazer pelo meio indicado. Reduzido a sua máxima síntese, é isso que o voto vencido sustenta. E por que não teria essa modalidade de prova, possibilidade de acolhimento em juízo? Porque quando se antecipa a prova, o que se faz é, por uma circunstância meramente accidental, produzir, fora do momento que seria próprio e natural. Aquela prova que haveria de ser feita na audiência do chamado processo principal. Ora, esse processo principal sequer se poderia instaurar porque uma inicial que pedisse a declaração de existência de uma adoção sem instrumento, sem escrito público nenhum, é uma inicial que não poderia sequer ser recebida. Então, a produção dessa prova é absolutamente inútil e caracteriza abuso da jurisdição.”

E o em. Revisor, assim registra (fls. 417):

“O que eu coloco à análise dos Colegas é o seguinte: mesmo que as testemunhas digam que esse documento existiu e era uma adoção, terá proveito se não aparece o próprio documento? Com base nisso exclusivamente, nas testemunhas, pode o juiz mandar averbar no registro civil desse cidadão que ele era filho adotivo de Fulano? Não pode. Então, evidentemente, é aí que está a inutilidade absoluta da produção antecipada de prova.”

O recorrente sustenta que tal entendimento viola os arts. 134; 370 e

375 do Cód. Civil; art. 375 da Lei dos Registros Públicos e 2º do CPC e aponta que a tese aí posta discrepa de precedentes que colaciona.

Pela dissidência interpretativa conheço do recurso. Os exemplos trazidos à testilha identificam-se com a hipótese dos autos.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer de fls. 392, opinando sobre a espécie, assim se manifesta:

“O recurso deve ser provido porquanto já existe entendimento deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em acórdão **verbis**:

“Adoção e testamento.

Não existem, senão quando observadas as exigências estabelecidas em Lei. A circunstância de que alguém tenha manifestado a intenção de adotar ou testar não releva para esses fins, se o ato jurídico não veio a ser efetivamente praticado. Inexistência de pretensa abstração de fato.” (REsp 57.220/94-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 18/09/95, pág. 29.959).”

Razão cabe ao ilustre *Parquet* e assim também à recorrente.

De fato, houve dissenso de entendimento entre o acórdão recorrido e o modelo apresentado.

Nesse paradigma (REsp 57.220-7-RS), o em. Relator, Min. Eduardo Ribeiro, na exegese do art. 375 do

Código Civil, doutrinando sobre processo, assim se pronunciou:

“Tive ocasião de tratar do conceito de possibilidade jurídica do pedido em artigo doutrinário (Condições da Ação: A Possibilidade Jurídica do Pedido — Revista de Processo nº 46). Procurei mostrar que, para entender nos termos do Código de Processo Civil, ou seja, como algo estranho ao mérito, condição para que seja examinado, raros serão os casos em que se poderá afirmar esteja ausente. A esmagadora maioria dos exemplos comumente apresentados referem-se, em verdade, a hipóteses em que há apreciação da lide, julgamento do mérito, por conseguinte. Sucede apenas que, sendo patente a inviabilidade do pedido formulado, perante o ordenamento jurídico, configura-se o pleito como improcedente **prima facie**, para usar da expressão de **Calmon de Passos** (Revista de Direito Processual Civil — v. 4 — pág. 66).

No caso em exame, o magistrado rejeitou liminarmente as duas primeiras pretensões formuladas na inicial — adoção de fato e reconhecimento da condição de legatária — por considerar que, no direito vigente, seriam inviáveis. Em outras palavras, proclamou que não tinha a autora o direito cuja declaração postulou. Ao assim decidir, esgotou, quanto àqueles pontos, a prestação jurisdicional. A lide foi julgada. Negou-se tivesse a autora direito a ser con-

siderada legatária ou filha adotiva de fato e isso o que postulava. A questão não é processual, mas de mérito.

À indagação sobre se poderia agir desse modo, não admitindo, ainda que parcialmente, a inicial, creio que a resposta há de ser positiva. Certo que o Código arrola entre os casos de extinção do processo, sem julgamento do mérito, aquele em que houver o indeferimento da inicial. Entretanto, ao enumerar as hipóteses em que isso deva ocorrer, contempla a decadência e a prescrição, que são de mérito (CPC, art. 269, IV).

Há de prevalecer o tradicional princípio da inadmissibilidade das demandas inviáveis. Se o juiz verifica, ao ser-lhe apresentada a inicial, que determinada pretensão encontra-se de todo desamparada pelo direito, não se justifica deva mandar citar o réu, aumentando custos e perdendo tempo, para em seguida dizer o que desde logo poderia ter afirmado. Não importa que isso se faça antes da citação, já que se trata de tomar decisão favorável ao réu.

O acórdão, como acima mencionado, entendeu que pedido juridicamente impossível seria o vedado por lei. A assertiva parece filiar-se à corrente doutrinária que considera necessária a proibição explícita. Embora prestigiada por vozes autorizadas, entre elas a de **Moniz de Aragão**, não parece o melhor entendimento.

Pouco importa que a lei vede expressamente ou estabeleça os casos e condições em que determinada pretensão possa ser atendida, com exclusão de outras hipóteses. As que forem excluídas serão juridicamente inviáveis, tanto quanto se houvesse proibição.

No caso em exame, se a lei enumera os requisitos para que haja a adoção ou a constituição de legado, estará proibindo que por outra forma se faça, sem necessidade de que isso fique expresso.

Consigna o julgado recorrido que a pretensão da autora é de ser declarada filha adotiva da falecida e não de que houve adoção.

O pedido, quanto ao ponto, foi de reconhecimento da adoção de fato, com os consequentes direitos sucessórios. Ora, adoção de fato é algo estranho ao direito vigente no País. Ou se faz de acordo com as exigências legais, ou não existe.

Diz ainda o acórdão ser mais confiável uma sentença que uma escritura, não se podendo admitir que essa tenha mais força que aquela, ou o tabelião mais poder que o juiz.

Data venia a questão não é essa. Em primeiro lugar, não se trata de maior ou menor poder, mas de competência. Em segundo, o que a lei quer é que, para a adoção, como para outros atos, seja a vontade manifestada em certas condições, obedecidas as

formalidades que prevê. Assim é que, por mais que duas pessoas pretendessem casar-se, não há como reconhecer que houve casamento se, antes da realização do ato, uma delas morrer. Não é dado à sentença suprir o ato que não se realizou.

A adoção poderá ser feita por sentença nos casos previstos no Estatuto da Infância e da Adolescência, que não é a hipótese dos autos. Indispensável, ademais, que o procedimento a isso tendente haja sido instaurado, a requerimento de quem pretende adotar.

Admite-se até que prossiga após sua morte, mas não que se instaure depois do óbito (Lei 8.069/90, art. 42, § 5º).

Considerações análogas são cabíveis em relação ao testamento. Note-se, de início, que se pretendeu fosse validado “o testamento por adoção dos bens particulares da inventariante para a autora”. Se já reconhecido que não houve adoção, o pedido esta-

ria inviabilizado. Ademais, o testamento é um instituto jurídico, e sua existência depende da observância da forma prescrita em lei. O fato de que alguém tenha pretendido testar em verdade não releva, se não chegou a fazê-lo.

Assinala o aresto impugnado que não se pretendia fosse declarado existente um testamento, mas um legado, e isso seria possível. Peça vênia para discordar. O legado se faz por meio do testamento. Se um não existe, o outro também não.

Tenho como certo, pois, que contrariado o artigo 375 do Código Civil, quanto à adoção, e aqueles pertinentes à forma dos testamentos, indicados no recurso.”

Forte nesses lineamentos jurisprudenciais, conheço do recurso pela alínea c e lhe dou provimento para, cassando o aresto majoritário, manter o voto minoritário, consoante o precedente desta Turma julgar o autor carecedor da Ação.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.196-7 — SP
(Registro nº 93.0023954-6)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Sul América Bandeirante Seguros S/A*

Recorridos: *Construtora Paulo Mauro Ltda. e outro*

Advogados: *Carmen Lúcia Passeri Villanova e outros, e Magda Cristina Muniz e outro*

EMENTA: Civil. Seguro. Apreensão de automóvel por ato de autoridade. Adulteração de chassi. Fato pretérito.

Hipótese que não se equipara a roubo ou furto. Não é dado desencadear a garantia por fato pretérito, se voltada, segundo a disciplina legal e o próprio contrato de seguro, à cobertura de riscos futuros. Precedente. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Menezes Direito.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 24 de março de 1998 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 25-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de recurso especial manifestado por Sul América Bandeirante Seguros S/A, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão da e. Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em sede de embargos infringentes, invertendo o resultado do julgamento de primeiro grau, julgou

procedente ação de indenização que lhe foi movida em virtude de veículo segurado ter sido apreendido por autoridade policial, em razão de adulteração de chassi.

Nas razões recursais, alega-se contrariedade aos arts. 1.434, 1.435, 1.459 e 1.460, todos do Código Civil. Sustenta a recorrente, em síntese, inexistir cobertura securitária, não sendo possível equiparar a hipótese a roubo ou furto.

Processado e admitido o recurso, subiram os autos.

É o relatório, Senhores Ministros.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Fico com o raciocínio desenvolvido no douto voto-vencido, da lavra do eminente Desembargador Andrade Marques, que peço licença para aqui relançar:

“O artigo 1.432 do nosso Código Civil conceitua como ‘contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato’.

Os autores celebraram contrato com a ré em novembro de 1987 (fls. 19). Portanto, somente os sinistros ocorridos de novembro de 1987 em diante seriam cobertos.

No caso em exame, o veículo foi apreendido pela Polícia dia 21 de julho de 1988, mas em virtude da adulteração do chassi, que, considerando a boa-fé dos autores, ora apelantes, teve lugar, evidentemente, antes do contrato ser firmado. Portanto, quando celebrado o contrato, o vício já existia e por ele a ré não pode ser responsabilizada.

Inobstante o acima exposto, a Cláusula nº 2 (fls. 20) do contrato especifica a cobertura, e a apreensão ali não está incluída.

Escreve **Pontes de Miranda** (cf. 'Tratado de Direito Privado', Tomo XLV, Ver. Tribunais, 3ª Edição, pág. 338): 'Se o risco decorrente do vício intrínseco não foi coberto, o segurador não tem de ressarcir o dano ou parte do dano

que não teria ocorrido se o vício intrínseco (não coberto) não existisse'.

No Código Comercial (artigo 711, inciso 10) também está preceituado que o segurador não responde por dano ou avaria que aconteça por fato do segurado, ou 'vício intrínseco, má qualidade, ou mau acondicionamento do objeto seguro'."

Em verdade, não há como equiparar a hipótese a roubo ou furto, em ordem a dizer incidente a cobertura securitária. Não se pode desencadear a garantia por fato pretérito, se voltada, segundo a disciplina legal e o próprio contrato, à cobertura de riscos futuros. Tal entendimento consoa com precedente da e. Quarta Turma (REsp nº 32.583-SP, Relator o Sr. Ministro Cesar Rocha).

Assim sendo, conheço do recurso e lhe dou provimento, para restabelecer a solução da sentença de primeiro grau. É o meu voto, Senhores Ministros.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.236 — RJ

(Registro nº 93.0027003-6)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Sérgio Franklin Quintela*

Recorrido: *Nelson Roberto Bornier de Oliveira*

Advogados: *Drs. Sérgio Mazzillo e outros, e José Lopes Pereira e outros*

EMENTA: Civil — Dano moral — Denúnciação caluniosa não caracterizada.

I — Para que se imponha o dever de indenizar basta o dano moral, sem se cogitar de qualquer dano patrimonial.

II — Quando como causa de reparação pretendida pelo ofendido exige a doutrina e tem se mantido rigorosa a jurisprudência de nossos Tribunais, a caracterização do ato ilícito condicionando a responsabilidade civil à ocorrência de dolo, temeridade ou má-fé do agente; afigura-se tenha laborado em evidente equívoco o Acórdão, ao admiti-la sem esse condicionamento e, mais ainda, por fazê-lo com suporte no art. 335 do CPC, norma esta que só é de ser aplicada em falta de norma jurídica própria, o que não é a hipótese destes autos.

III — Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Menezes Direito, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 25 de agosto de 1997 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

Publicado no DJ de 24-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Ação Ordinária

de Reparação por Danos Morais e Materiais proposta por Nélon Roberto Bornier de Oliveira contra Sérgio Franklin Quintela, decorrente de alegadas declarações injuriosas e caluniosas veiculada em entrevista a jornal de grande circulação no País, levada a efeito pelo réu.

Julgado improcedente o pedido (fls. 91/92), apelou o autor, pugnando pela reforma da r. sentença (fls. 93/125).

A Quinta Câmara Cível do Colendo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, à unanimidade, deu provimento, em parte, à apelação, para acolher, parcialmente, o pedido inicial, condenando o réu a pagar ao autor indenização por danos morais; indeferido os danos materiais, por não demonstrados (fls. 145/150).

Irresignado, interpôs o apelado Recurso Especial, fundado no art. 105, III, c, da Constituição, alegando que o Acórdão teria dissentido da orientação adotada nos julgados dos

Tribunais de Justiça de Santa Catarina e Mato Grosso que aponta.

Aduz, em síntese, que o pretendido dano moral não logrou o recorrido comprovar; uma vez que diplomado Deputado Federal, o que vem ratificar que não teve afetada sua eleição quer pelas denúncias feitas por diversos jornais, quer pelas manifestações daqueles que foram ouvidos sobre as irregularidades amplamente divulgadas (fls. 156/211).

Oferecidas contra-razões (fls. 213/219), a nobre Terceira Vice-Presidente daquela Corte o admitiu, entendendo configurado o dissenso determinando a remessa dos autos a esta Superior Instância (fls. 221/223).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): No que interessa, é ler o que dispôs o Acórdão (fls. 147/149):

“No convívio social da época atual, cada vez mais diversificado e complexo, formado por pessoas que não conhecem com exatidão os limites de sua ação, as imputações difamatórias afetam o patrimônio moral dos injustamente ofendidos, tolhendo-lhes o direito ao recato, à identidade e à personalidade.

As lesões nas células desse tecido social sempre acarretam danos íntimos e causam grandes aflições nas suas vítimas, prin-

cipalmente quando ocupantes ou postulantes a cargos públicos, e daí resultam no dever de indenizar danos morais.”

Continuando, diz ainda:

“No caso dos autos, o réu, em entrevista ao Jornal do Brasil do dia 23/10/90 (fls. 37), afirmou:

“Recebi informações anteriores à eleição de que Nelson Bornier comprava votos, mas não tinha como provar”, contou Quintela. “Aguardei até receber um telefonema do Eurico Miranda (também candidato pelo PL), há dez dias, quando ele, de posse dos boletins que eu não tinha, alertava o que na opinião dele comprovava a manipulação de votos em São Gonçalo e Nova Iguaçu”. Quintela está “atônito” com a fraude dos “boletins-fantasma” — há dois originais de mapas da mesma urna.

“Pilantra” — O candidato não se importa com as conseqüências da impugnação, que poderia resultar na perda da vaga para o partido. “É um preço barato. Não quero é que um pilantra vá para Brasília”, atacou Quintela, que reclamou da ausência de assessoria do PL na discussão. “Não tive acesso aos boletins de urnas e o partido indeferiu o pedido que fiz para minha mulher fiscalizar a apuração”, disse Quintela.

Tal notícia, aliada a irregularidades apuradas pelo próprio

Tribunal Regional Eleitoral, gerou uma série de reportagens e publicações em diversos jornais, nos quais a figura do autor, principalmente no seu aspecto público, ficou comprometida, com evidente lesão ao seu patrimônio moral.

Na realidade, a expressão “pilantra” tem o significado de pessoa de mau caráter, desonesta, malandra ou desprezível (cf. Novo Dicionário Aurélio).

Houve, portanto, inquestionavelmente, dano ao patrimônio moral do autor que deve ser compensado, com arbitramento em consonância com os parâmetros indicados no art. 53 da Lei nº 5.250/67.”

Contudo, na questão que se examina há peculiaridades de ordem jurídica que escaparam à consideração dos eminentes Julgadores da instância originária.

O pedido do autor fundou-se na existência do ilícito de injúria e de calúnia que teria sido feito pelo recorrente em declarações veiculadas em periódicos de grande circulação.

A questão assim, como apontado pelo autor, se subsumiria no § único do art. 1.547 do CC, vendo a doutrina dominante aí, considerando que seu **caput** cuida de dano material, a ressarcibilidade da ofensa por *dano moral*.

Para melhor compreensão da espécie leia-se o pedido como posto às fls. 3 assim:

“Ocorre que o suplicado, em periódicos de grande circulação, fez declarações injuriosas e caluniosas ao suplicado, a seguir transcritas e oferecidas na inclusa notificação judicial que, sob o número de processo 7.827, tramitou perante o MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, julgada e transitada em julgado, constituindo-se no documento nº 8.”

Fundada a pretensão com supedâneo na Lei 5.250/67 e nos arts. 159, 1.547 e 1.553 do CC, impende considerar os elementos os quais, incontroversos, embasaram as conclusões do aresto.

Sustenta o recorrente com robusto suporte na questão fixada nos limites da base empírica do Acórdão, que em plena fase de apuração das eleições, que conferiria ao eleito uma vaga na Câmara dos Deputados, viu sua votação diminuir de forma irreversível, em queda que, “mais que anormal, era ilógica”.

Diante daquele quadro, inúmeras foram as notícias veiculadas por vários jornais de grande circulação nacional, destacadamente as assim elencadas:

“Isto está parecendo Alagoas — comparou o Presidente do Tribunal do Júri de São Gonçalo, Juiz James Tubenchlak ao ver as cópias de boletins apócrifos de urnas da 69ª Zona Eleitoral do Município ...” (Jornal do Brasil, doc. 7, junto à Notificação Judicial);

“Sindicância feita pelo Juiz da 69ª Zona Eleitoral, José Gonçalves Rodrigues, confirmou a falsificação dos Boletins das Seções 95, 107, 110, 111, 121, 145 e 155, todas de São Gonçalo...” (Jornal do Brasil, fls. 63, doc. 2);

“Vereadora denuncia Bornier

— A vereadora Margareth Moraes, de Nova Iguaçu, com ajuda de sua assessoria, constatou que o Deputado Federal eleito Nélson Bornier (PL) “armou um esquema” “para ampliar o modesto eleitorado dele no Município” (Jornal do Brasil — fls. 63);

“O Presidente do TRE do Rio, Desembargador Jorge Loretto, considerou provável a realização de uma eleição suplementar em 14 seções eleitorais do Estado, nas quais a Comissão Oficial comprovou ocorrência de fraude que resultaram na anulação de 6.393 votos...” (Folha de São Paulo — fls. doc. 3);

“Juiz confirma fraude em sete urnas do Rio — Relatório conclui que o principal favorecido foi candidato a deputado eleito pelo PL. (Folha de São Paulo, fls. 69, doc. 8);

“O Globo teve acesso a cópias de um boletim da 3ª Seção da 12ª Zona Eleitoral, que comprovam a ocorrência de fraude.”

.....

“Uma cópia desse mesmo boletim comprova que os falsificadores desviaram 47 votos que apareceriam em branco no bole-

tim original para determinados candidatos ...”

“Dentre os beneficiados está o candidato Nélson Bornier (PL), que aparecia com um voto no primeiro boletim e, no outro, com 46 votos.” (O Globo, fls. 68, doc. 7).”

Hoje, elevado o ressarcimento do dano moral a princípio constitucional, não há discutir o direito do ofendido ao buscar sua reparação, não havendo falar em necessidade de comprovação do dano para buscá-la, como afirmado por equívoco na sentença.

Todavia, neste caso, a questão jurídica não se situa, como acertadamente, nesta parte, estabeleceu o acórdão recorrido ao discorrer sobre o Direito à honra e à consideração social, dispostos no art. 1.547 do Código Civil, a dizer que não podendo a ofensa causada por injúria e calúnia ser reparada ante o dano que deles resulte, ao ofendido. E se este não puder provar prejuízo material, o valor deverá corresponder ao dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.

Correto tal entendimento porque, como leciona, **Pontes de Miranda**, para que se imponha o dever de indenizar basta o dano moral, sem se cogitar de qualquer dano patrimonial.

Tanto já deixou assentado esta Corte ao editar a Súmula nº 37.

É certo como assevera **Yussef Said Cahali**, em sua excelente monografia *Dano e Indenização* (Ed.

Rev. dos Tribunais — 1980) “No resguardo da honra e boa fama das pessoas, a tutela penal determinada pelo interesse público, coexiste com o interesse privado pela reparação do agravo moral; a sentença penal condenatória, ainda se contém ou se consiste em multa, ou pena pecuniária, não exclui a pretensão reparadora de direito privado; se o Código Penal não determinar multa para o crime, a indenização será calculada mediante arbitramento.” (Obra citada, pág. 87).

Entretanto, é o mesmo autor quem adverte: “Em matéria de denúncia caluniosa, o primeiro problema diz respeito à caracterização do *ato ilícito* como causa da reparação pretendida pelo ofendido.” (pág. 88, obra citada):

“Aliás, neste sentido manifesta-se a doutrina; e **Salvat**, cuidando da denúncia caluniosa, a que corresponde o art. 1.090, do Código Civil argentino, ressalta que, neste caso, “la denuncia o la querrella no constituyen por sí solas el delito; pero que éste exista es necesario, como dice el texto de la ley, que la acusación sea calumniosa.”

Esta, como visto linhas atrás, no caso que se examina constitui, segundo os reclamos do autor, em ter sido *injurado* e *caluniado* pelo recorrente como suposto beneficiário de fraude ocorrida na eleição em que ambos e mais um terceiro candidato ao cargo de Deputado Federal, disputavam pelo mesmo partido.

Como revelam os autos, essa suspeita não foi feita só pelo recorrente. Ao contrário, decorreu de denúncia sobre a existência de fraude que apontara a qual também fora noticiada por vários periódicos de circulação nacional e ainda por asseveração expressa da Vereadora Margareth Moraes (doc. fls. 63), como acima se transcreveu.

Registre-se que nem o recorrente nem os demais que denunciaram o fato (fraude) atribuíram-no ao autor. Não. Afirmou-se que ante a fraude e o número de concorrentes do mesmo partido, pelo resultado que se proclamava, o autor seria beneficiado tanto que eleito.

Afigura-se, assim, ilogismo, ante tal quadro, admitir-se existente *ofensa* decorrente do mesmo *fato*, do qual participaram vários agentes, atribuí-la a um só deles, pelo alvedrio do suposto ofendido.

Mas, ainda que assim se pudesse entender, partindo do critério de que o sentimento de honra, de dor, de moralidade, porque situado no campo subjetivo do sentimento do ofendido, só a ele competiria irrogá-lo atribuindo maior ou menor grau de ofensa ao seu autor; na hipótese, tenho que tanto seria impossível pelas circunstâncias em que ocorreu o evento.

Se é certo que não se apurou no âmbito criminal a autoria da fraude largamente noticiada, certo é, também, como revelam os autos, que sua existência resultou comprovada no âmbito da Justiça Eleitoral (fls. 63, doc. 02), desconfigurando o tipo denúncia caluniosa.

Quando como causa de reparação pretendida pelo ofendido exige a doutrina, e tem se mantido rigorosa a jurisprudência de nossos Tribunais, a caracterização do ato ilícito condicionando a responsabilidade civil à ocorrência de dolo, temeridade ou má-fé do agente; afigura-se tenha laborado em evidente equívoco o Acórdão, ao admiti-la sem esse condicionamento e, mais ainda, por fazê-lo com suporte no art. 335 do CPC, como se vê nesta passagem de sua fundamentação (fls. 147):

“No convívio social da época atual, cada vez mais diversificado e complexo, formado por pessoas que não conhecem com exatidão os limites de sua ação, as imputações difamatórias afetam o patrimônio moral dos injustamente ofendidos, tolhendo-lhes o direito ao recato, à identidade e à personalidade.

As lesões nas células desse tecido social sempre acarretam danos íntimos e causam grandes aflições nas suas vítimas, principalmente quando ocupantes ou postulantes a cargos públicos, e daí resultam no dever de indenizar danos morais.

Em tais hipóteses, conforme foi afirmado em precioso acórdão da lavra do Des. Barbosa Moreira (Ap. Cível nº 350/86 — 5ª Câmara), “o dano moral deve ser reconhecido independentemente de prova: uma óbvia regra de experiência autoriza o órgão julgador a presumir à luz da observação do que ordinariamente acon-

tece, para empregar a fórmula do art. 335 do C.P.C.”

Dessa forma, tratando-se de reparações morais, não há necessidade de uma prova do dano nos moldes tradicionais, mesmo porque tal dano não se compense completa ou integralmente, por não haver um parâmetro de equivalência. A indenização, na hipótese, tem caráter compensatório, no limite do possível e do razoável, dentro das limitações humanas.”

Sobre ser dispensável a prova do dano, cuidando-se de reparação moral deixei consignado o acerto do acórdão, no ponto, linhas acima.

Contudo, equivocou-se também no que diz com a regra do art. 335 do CPC que é de ser aplicada, consoante clara disposição que nela se contém em sua primeira parte, só “Em falta de normas jurídicas”, e, não como no caso presente, quando há norma jurídica expressa, na qual ancorou seu pedido o autor recorrido, tal a contida no prefalado art. 1.547 (e demais dispositivos citados do Código Civil).

Nesta, para que a ilicitude do ato se configure é necessário que a denúncia ou representação formulada seja caluniosa.

Adverte ainda a doutrina inexistir possibilidade de responsabilização pela prática de ato ilícito se a representação ou denúncia feita pelo réu não se revestir de dolo, temeridade ou má-fé (confira-se **Yusef Said Cahali**, obra citada).

Assim se da denúncia quanto à existência de fraude nas eleições, ainda que não apurado sua autoria, comprovou-se-a no âmbito da Justiça Eleitoral, não se pode ver no ato do recorrente, repita-se, um dentre vários agentes que a noticiaram, porque escolhido ao alvedrio do recorrido, a existência da prática de ato ilícito, como lhe atribuiu o Acórdão recorrido.

Inobstante a proclamada admiração que tenho pelos nobres Julgadores que proferiram o aresto impugnado, na espécie, afigura-se terem incorrido em equívoco na prolação.

Tais os fundamentos pelos quais tenho como ofendidos os dispositivos legais referidos por isso que, com **venia** devida, conheço do recurso pelo dissídio e dou-lhe provimento para reformando o acórdão restabelecer a sentença tão-só quanto a sua parte dispositiva.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Senhor Presidente, acompanho o voto do Senhor Ministro-Relator, exaustivo no estudo dos autos, considerando que, na circunstância concreta, houve a evidência de que os votos apurados naquela região foram efetivamente fraudados. Não se cingindo a denúncia, exclusivamente, por ato unilateral, mas sim, dando vazão a pronunciamentos diversos, refletidos por toda a imprensa do

Estado e até mesmo de outros Estados. As circunstâncias do caso aconselham o provimento do recurso para o restabelecimento do **decisum** monocrático, à medida que os fatos, tal como postos nos autos, desqualificam a existência do dano moral.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de ação em que pleiteada indenização, por danos material e moral, em virtude de ofensas que o réu teria assacado contra o autor. Julgada improcedente em primeiro grau, por falta de prova dos alegados danos, a sentença foi reformada em segundo. Teve-se como caracterizado o dano moral, com a conseqüente condenação do réu a ressarcir-lo.

Várias questões são suscitadas no especial. Passa-se a seu exame.

Primeira a ser apreciada, tendo em vista a prioridade lógica, consiste na alegação de que seria deste Tribunal a competência originária para o julgamento da causa, em virtude da nomeação do recorrente para o cargo de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Manifesta a falta de razão, uma vez que não se trata aqui de processo criminal, mas de ação civil, em que se pretende ressarcimento de dano. A circunstância de que o mesmo fato pudesse, eventualmente, ensejar a propositura de ação penal em nada afeta a competência para a causa de natureza reparatória.

Afirma o recorrente que, se responsabilidade houvesse, caberia ao jornal. Indica julgados (fls. 165/6) e invoca o disposto nos artigos 50 e 52 da Lei de Imprensa.

Essa matéria só veio a ser trazida no especial. Em nenhum outro momento foi suscitada e a ela não existe qualquer menção no acórdão recorrido. Como de pacífico entendimento, não poderá ter havido violação da lei e, menos ainda, dissídio, em relação a tema não versado no julgamento. Daí a indispensabilidade do prequestionamento para viabilizar o especial. A propósito do extraordinário o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 282. Acrescento, ainda, que, dos trechos dos acórdãos citados como divergentes, consta a assertiva de que o jornal é responsável, mas não de que também não o possa ser quem houver feito a declaração nele estampada.

Alonga-se o recurso na sustentação da tese de que o dano moral só seria indenizável quando houvesse reflexo patrimonial.

Embora se haja de reconhecer o esforço do recorrente, essa doutrina se acha inteiramente superada, implicando, em verdade, a negação da possibilidade de reparar o dano moral. Com efeito, quando se cogita desse não se terá em conta a natureza do bem diretamente atacado, mas a repercussão do ataque, a lesão que se haja verificado. Ora, se essa é de natureza material, o dano não é moral.

Releva que o artigo 159 do Código Civil não faz distinções. Se do ilícito resultou dano, surge o direito à

reparação, não importando se o prejuízo foi moral ou material. Absteino-me de maiores considerações a respeito do tema por ser absolutamente pacífico neste Tribunal, contando a tese contrária, aliás, com pouquíssima adesão doutrinária.

Firma-se, ainda, o recorrente em que seria necessário provar-se houvesse ocorrido o dano, o que não se fez.

Induidoso que as ofensas foram feitas e amplamente divulgadas. Como salientou o acórdão recorrido, desnecessário demonstrar que daí resultou sofrimento moral para o ofendido. Que isso haja ocorrido corresponde à natureza das coisas. Pertinente a invocação do artigo 335 do C.P.C. Só alguém absolutamente insensível permaneceria indiferente, o que não é de se presumir.

Menciona-se que não houve maior prejuízo para o autor que, não obstante o sucedido, veio a ser eleito deputado federal. A circunstância não tem qualquer relevo. A indenização de que se cuida funda-se na dor moral por ele suportada e não em qualquer outra repercussão que pudesse advir.

Alega-se mais, que não teria havido a prática de ilícito.

Devo assinalar, de início, que essa matéria não foi sequer discutida no acórdão. Nesse se cuidou de mostrar que o patrimônio moral do autor fora atingido, o que a sentença tivera como não provado. Falta, pois, o prequestionamento.

De qualquer sorte, entretanto, é manifesta a ilicitude. O recorrente

sugeriu ter havido compra de votos por parte do autor e qualificou-o de “pilantra”. Não vislumbro como se possa ter como lícito tal comportamento.

O eminente Relator salientou que foi comprovada a existência de fraude eleitoral, ainda que não se tenha apurado a responsabilidade do autor. Isso, com a devida vênia, não retira a ilicitude do ato.

Argumentou-se, ainda, com o fato de que veiculada a notícia em diversos jornais, outras pessoas tendo feito afirmações semelhantes. A propósito do tema, o acórdão, após transcrever as declarações do recorrente, acrescentou:

“Tal notícia, aliada a irregularidades apuradas pelo próprio Tribunal Regional Eleitoral, gerou uma série de reportagens e publicações em diversos jornais, nos quais a figura do autor, principalmente no seu aspecto público, ficou comprometida, com evidente lesão ao seu patrimônio moral”.

Vê-se, de um lado, que se atribuiu o vasto noticiário também ao fato mesmo da entrevista. E, de qualquer sorte, não se examinou a alegação, ora valorizada, de que a circunstância de a afirmação ter sido feita também por outras pessoas seria apta a afastar a responsabilidade do réu, ora recorrente. Mais uma vez ausente o prequestionamento.

Observo, ademais, embora desnecessariamente, já que o tema não se

expõe ao especial, que as outras declarações dizem com a ocorrência de fraudes, mas sem atribuí-las especificamente ao recorrido, salvo por parte da vereadora Margareth Moraes que, entretanto, não lhe dirigiu epítetos contumeliosos.

Acrescento que, mesmo houvesse outros ofensores, não há amparo legal para excluir a responsabilidade de algum deles nem está obrigado o autor, em demanda civil, a de todos exigir reparação.

No que diz com o artigo 1.547 do Código Civil, além de não ter havido prequestionamento e não se ter alegado sua violação no recurso, não percebo em que haja sido contrariado. Quando muito se poderia cogitar da incidência de seu parágrafo único, o que poderia afetar o arbitramento da indenização, mas não excluí-la.

Por fim, como acima já salientei, considero que bem invocado o artigo 335 do C.P.C. Continua-se em trecho de voto de Barbosa Moreira, transcrito pelo acórdão, para mostrar que desnecessária a prova do dano moral em circunstâncias como a dos autos. E que essa é efetivamente desnecessária constitui ponto que mereceu a aprovação do douto Relator.

Conheço do recurso, já que demonstrado o dissídio com julgados que entendem só ser indenizável o dano moral quando resulte dano material. Entretanto, com a devida vênia do Relator, de cuja lucidez, competência e zelo sou admirador, nego provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.425 — MG

(Registro nº 93.0027767-7)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrentes: *Maria Aparecida Ribeiro Reis e outros*

Recorrido: *João Lázaro dos Reis*

Advogados: *Luiz Fernando Valladão Nogueira e outros, e Frederico Brandão Magalhães e outro*

EMENTA: Civil — Petição de herança — Registro de nascimento realizado pelo pai.

I — Filho adulterino. Registro de nascimento realizado pelo pai na constância do casamento, ainda vigente o art. 358 do Código Civil.

II — É válido, mesmo assim, o registro, somente produzindo efeitos após a morte do declarante, já ocorrida quando da propositura da ação. Precedentes do STF e do STJ.

III — Recurso especial conhecido pelo dissídio mas improvido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Menezes Direito, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 22 de setembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuida-se de Ação de Investigação de Paternidade cumulada com Petição de Herança, aforada por João Lázaro dos Reis contra Maria Aparecida Ribeiro Reis e filhos.

Com a eventual procedência da *Investigatória*, pretende o Autor, declarada nula a sentença adjudicatória da partilha, lhe seja admitido concorrer ao *bolo sucessório*.

O Acórdão impugnado, acolhendo a validade de certidão de nascimento trazida aos autos, em cujo conteúdo o pai investigado reconheceu o Autor como filho, extinguiu o processo, quanto à *Investigatória*, por inexistir nesta o pressuposto

Publicado no DJ de 01-12-97.

válido de constituição à pretendida investigação e, **ipso facto**, julgou procedente a *petição de herança*, declarando nula a sentença de adjudicação da partilha — fls. 165.

Inconformados com tal entendimento, Maria Aparecida Ribeiro Reis e outros (herdeiros) apresentam Especial (art. 105, III, **a e c**) — fls. 182 — onde alegam que o **decisum** teria violado os arts. 358 e 1.577 do Código Civil e 51 da Lei 6.515/77. Teria ainda dissentido de precedentes que anotam.

Às fls. 243, o Tribunal de origem, considerando relevante a matéria **sub judice**, acolheu o processamento do apelo, para que o tema seja devidamente examinado neste STJ.

O Ministério Público Federal (fls. 250), com supedâneo na jurisprudência do STJ (REsp's 6.821 e 16.827), opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso, ao entendimento de que registro de nascimento realizado pelo pai na constância do casamento é válido, mas só produz efeitos após a morte do declarante.

Autos remetidos à douta Subprocuradoria Geral da República em outubro de 1993, retornando em junho do corrente ano de 1997.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O eminente Relator, ao apreciar a hipótese **sub judice**, assim a demonstra (fls. 161/162):

“Acontece que, para propor a presente ação, o Autor, ao ornamentar a sua peça exordial, dentre vários documentos, junta a certidão de seu nascimento (fl. 07). Tal certidão revela o registro do referido nascimento (08.09.66) realizado aos 27.11.67, ratificada pela certidão de inteiro teor (fl. 16), em que o *declarante foi o próprio pai*.

Ora, se foi o próprio pai do Autor quem fez o indigitado registro, não poderia o contraditório prosperar, por falta de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Valendo dizer, buscava-se o que já se possuía: a definição do direito personalíssimo da pessoa.”

E às fls. 162/164:

“Ainda no mesmo sentido, apontaria o R.E. nº 92.059, cujo Relator foi o Ministro Moreira Alves, apreciando hipótese até mais complexa, qual seja, a da filiação de mulher casada em concubinato com outro homem.

E, como se não bastasse — “Filho adulterino — Reconhecimento — Registro não anulado em vida do pai — Eficácia — Investigação de paternidade desnecessária.

“Considera-se válido o reconhecimento antecipado de filho adulterino desde que não anulado o registro em vida do perfilhador.

Não se remete o adúlterino às vias ordinárias da Investigação de Paternidade *quando* esta foi solenemente declarada por quem podia fazê-lo” — T.J.M.G. — Embargos Infringentes na Apelação 55.001 — 27.08.81 — Rel. Des. Lincoln Rocha — **in** R.T. 561/203.

“Filho adúlterino, anulação pretendida. Impossibilidade de antes da nova Carta Constitucional.”

“Em vigor desde 05.10.88, a nova Carta Constitucional inscreveu entre os princípios básicos relativos à família e à criação um mandamento segundo o qual os filhos havidos ou não de relação do casamento ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação — art. 227, § 6º.

Isto indica que já não podem subsistir as restrições ao reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, que eram consagrados no direito anterior. Estes novos princípios devem ter aplicação ao caso presente como “**jus superveniente**” e justificam o desatendimento ao reclamo formulado pela mulher, no sentido de ver anulada o reconhecimento do filho nascido fora do casamento, por declaração do marido, manifestada enquanto perdurava a sociedade conjugal que o pretendia a requerente” — T.J.S.P., Embargos na Apelação 88.953/

1, Rel. Des. Villa da Costa — Acórdão 14-12-88, COAD 38 (1989/600), nº 45.882.

Assim, se o Autor já tinha a declaração de paternidade definida, não tinha — como não tem — necessidade de buscar a declaração judicial do seu direito personalíssimo, visto que a certidão cartorária — digna de fé pública — já o declara.

Se os herdeiros entendem que o Autor não é filho do falecido, que seus irmãos, em momento próprio da partilha ou por ação negatória própria, busquem a afirmação da prestação jurisdicional, que entendem ser a verdade.”

No percuciente exame da questão, o eminente Prolator foi escorreito na conclusão do aresto.

Sua exação foi mensurada também pela douta Subprocuradoria Geral, nestes termos (fls. 254/256):

“Referente à alínea **a**, no tocante à alegada violação ao artigo 358, do Código Civil pátrio, também reclama o apelo extremo o não conhecimento.

Leciona Washington de Barros Monteiro:

“Referentemente aos filhos incestuosos e adúlterinos, excluía-se o Código, de modo expresso, do reconhecimento (art. 358). Assim dispendo, almejava o legislador suprimir, tanto quanto possível, todo o

traço do delito, sepultar no olvido o adultério e o incesto, destruindo-he mesmo a própria memória.

Mas surgiu um problema, que se transformou numa **ve-xata quaestio**: o filho havido pelo cônjuge desquitado era adúlterino ou simplesmente natural? Como recorda **Caio Mário da Silva Pereira**, o tema tornou-se opinativo e às duas correntes antagônicas, a radical e a liberal, filiou-se a fina flor dos nossos civilistas.

Com o tempo, entretanto, abrandou-se o rigor da lei. Primeiramente, o Decreto-Lei nº 4.737, de 27-9-1942, veio permitir o reconhecimento dos filhos de cônjuges desquitados. Realmente, o aludido diploma legal consentiu que o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pudesse, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declarasse a sua filiação (art. 1º).

Mas o aludido decreto-lei ainda não satisfaz, porquanto só possibilitava reconhecimento de filho havido fora do matrimônio depois do desquite do genitor. Não se referiu ele às outras causas de terminação da sociedade conjugal, como a morte de um dos cônjuges. De modo que, embora extinto o vínculo conjugal, lícito não era promover ou pleitear reconhecimento de filho havido extra-matrimônio. Assim foi reiteradamente julgado.

A Lei nº 883, de 21-10-1949, porém, de ordem pública e de feito imediato, preenchendo a lacuna, estatui no art. 1º que ‘dissolvida a sociedade conjugal será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação.’

Como se vê, a lei não distingue mais; em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal, por desquite, morte de um dos cônjuges ou anulação do casamento, possível será o reconhecimento de filho **extra matrimonium**”.

Ora, não tendo havido infração ao disposto no artigo 358, não há que ser conhecida, também quanto a esse tópico, a insurreição. Dissolvendo-se a sociedade conjugal, com a morte do investigado, convalidado restou, conseqüentemente, o registro de nascimento do investigante — filho concebido **extra matrimonium**.

Entretanto, com relação à alínea **c**, do permissivo constitucional, o recurso, em face da divergência comprovada, vindica por conhecimento, mas no mérito, não deverá ser provido.

De fato, os recorrentes satisfizeram todas as exigências regimentais: procederam ao confronto analítico, bem como trouxeram aos autos decisões de outros tribunais, divergentes do acórdão

hostilizado, publicadas em repertório autorizado de jurisprudência.

Ocorre que esse Colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento quanto ao tema, na oportunidade do julgamento dos Recursos Especiais nºs 6.821 e 16.827, ambos do relato do eminente Ministro Nilson Naves, publicados, respectivamente, no Diário de Justiça nos dias 03.06.91 e 30.11.92, às págs. 74.224 e 22.609, em cujas ementas se lê:

“Filho adulterino. Registro de nascimento realizado pelo pai na constância do casamento, ainda vigente o art. 358 do Código Civil. É válido, mesmo

assim, o registro, somente produzindo efeitos após a morte do declarante, já ocorrida quando da propositura da ação.”

“Filho adulterino. Reconhecimento pelo pai na constância do casamento em testemunho público. É válido o ato, uma vez dissolvida a sociedade conjugal com a morte do testador ...”

Daí ver-se que à luz da melhor doutrina e do direito pretoriano aqui expendidos, a irresignação não vinga.

Adotando, pois, como razões de decidir tais lineamentos, conheço do recurso pela dissidência jurisprudencial, mas não lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 81.512 — MG

(Registro nº 95.0064069-4)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *São Benedito Agropecuária S/A*

Recorrido: *Banco do Brasil S/A*

Advogados: *Drs. Carlos Antônio Goulart Leite Júnior e outros, e Eliézer de Oliveria Felinto Melo e outros*

EMENTA: Embargos infringentes. Limites. Recurso especial.

A amplitude dos embargos prende-se à conclusão do voto vencido, não a seus fundamentos. Havendo o voto dissidente, na parte conclusiva, divergido inteiramente dos vencedores, possível, no julgamento dos embargos, reformar-se o decidido, adotando-se razão unanimemente rejeitada ao ser apreciada a apelação. Inviabilidade do especial interposto contra o acórdão, relativo a

esse recurso, pretendendo atacar o fundamento, a cujo propósito não se verificou discrepância, já que a decisão se expunha, por inteiro, aos embargos infringentes.

Sociedades anônimas. Incorporação de bens.

A transferência do domínio, tratando-se de imóvel, faz-se com o registro no Cartório de Imóveis. Inaplicabilidade do disposto no artigo 234 da Lei 6.404/76 que se refere a incorporação, fusão e cisão de sociedades.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Menezes Direito, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 2 de dezembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 06-04-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: São Benedito Agropecuária S/A interpôs embargos de terceiro, objetivando liberar imóveis da constrição judicial, efetivada em execução movida pelo Banco do Brasil S/A. Alegou que os bens já não pertenciam aos devedores, devidamente averbado na serventia pró-

pria o documento que os transferia à embargante.

A sentença deu pela improcedência dos embargos, ao argumento de que “a simples averbação da ata da embargante no CRI, não transferiu o domínio daqueles bens para o seu patrimônio ...”, tendo o acórdão, por maioria, negado provimento à apelação, sendo rejeitados os embargos infringentes.

A vencida apresentou dois recursos especiais. No primeiro, atacando o acórdão relativo à apelação, alegou que desconsiderado o que determinam os artigos 98, § 2º e 234 da Lei nº 6.404/76. Afirmou existir dissídio.

No segundo especial, em que impugna o decidido no julgamento dos infringentes, sustentou que não atendido o disposto nos artigos 1.046, § 1º do Código Civil e 530 do CPC.

O primeiro especial foi admitido, o mesmo não acontecendo com o segundo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Ao ser julgada

a apelação, não se dissentiu quanto ao fato de que não teria havido a transferência da propriedade dos bens, para a ora recorrente, apenas com a averbação da ata da assembléia. O douto voto vencido deu provimento ao recurso, julgando integralmente procedentes os embargos de terceiro, por entender que para isso bastava a posse.

A vencida apresentou embargos infringentes e recurso especial. Nesse, atacou a parte do julgado em que teria havido unanimidade, ou seja, a pertinente à não transferência do domínio. Foi admitido. Rejeitaram-se os embargos, e negou-se seguimento ao especial que impugnou essa última decisão, abstendo-se a recorrente de interpor agravo.

No recurso que não obteve admisão, sustentou-se tese que tenho como absolutamente correta. E isso se encarregou de demonstrar a recorrente, com adequada citação de doutrina e jurisprudência, no segundo especial que manifestou. Efetivamente, a limitação imposta pelo voto vencido à amplitude dos embargos diz apenas com a sua conclusão. Não significa estejam os julgadores adstritos a se ater aos mes-

mos fundamentos. Se assim é, inadmissível o especial em relação ao acórdão da apelação. O dissenso, quanto à conclusão, fora completo, não havendo falar em parte unânime.

Ao apreciar os infringentes, a colenda Câmara entendeu de modo diverso e teve como não passível de reexame a matéria pertinente ao domínio. Ocorre que, não admitido o recurso onde, quando ao ponto, exposta a boa doutrina, dessa decisão não houve recurso, como já salientado. Inviável o especial que ora se aprecia, dirigido contra acórdão que ainda se expunha a ser revisto na instância de origem.

O fundamento exposto impede o conhecimento. Assim não fosse, entretanto, de qualquer sorte não prosperaria.

O artigo 234 da Lei das Sociedades por Ações cuida da averbação quando se trata de incorporação, fusão ou cisão de sociedade. Nada tem a ver com a incorporação de bens para constituição de capital. Regula a hipótese o artigo 98, § 3º que se refere a “transcrição no registro público”.

Não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 88.745 — PE
(Registro nº 96.0010641-0)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Empresa Brasileira de Transporte Ltda. — Embratran*

Recorrido: *Bradesco Seguros S/A*

Advogados: *Drs. Ana Carolina A. Salgueiro e outros, e Voltaire Giavarina Marensi e outros*

EMENTA: Segurador. Sub-rogação. Contrato de transporte.

Não adimplindo o transportador sua obrigação de entregar a carga no destino, deverá, para forrar-se da obrigação de indenizar, alegar e provar que a falta se deveu a força maior.

O segurador que paga a indenização sub-roga-se nos direitos do segurado, podendo exigir indenização do transportador, nos mesmos termos em que aquele o poderia, nos limites do que houver pago.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Menezes Direito, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 03 de fevereiro de 1998 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 04-05-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Julgada improcedente ação regressiva ajuizada por Bradesco Seguros S.A., sendo ré Em-

bratran — Empresa Brasileira de Transporte Ltda., recorreu a autora. A sentença foi reformada em segundo grau. Esta a ementa do acórdão:

“Apelação Cível.

A Seguradora-Apelante, ao pagar o seguro sub-rogou-se no direito de ação contra a Transportadora-Apelada.

Provada nos autos a inadimplência contratual da ré. Dado provimento ao recurso para julgar procedente a ação, nos termos do pedido, condenada a ré ao pagamento da quantia principal cobrada na inicial, acrescida dos juros de mora e mais ao pagamento das custas do processo e dos honorários do advogado da autora, firmado em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, por votação indiscrepante.”

No especial, a ré sustentou que desconsiderado o disposto no arti-

go 159 do Código Civil. Saliou que, não lhe tendo sido atribuída responsabilidade e nem provada sua culpa pelo acidente e pela perda da mercadoria, inadmissível exigir que reembolse a recorrida. Afirmou existir dissídio com julgados que arrolou.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Firmou-se o acórdão em que a responsabilidade da transportadora seria contratual. Assumira a obrigação de transportar a carga até o destino. Não o fazendo, cabia-lhe o ônus de alegar e provar que a falta devera-se a motivo de força maior. Desse ônus não se desincumbiu. No recurso sustentou-se que, não provada a culpa da transportadora, não poderia ser ela condenada a indenizar. A decisão em contrário importara violação do artigo 159 do Código Civil.

Observo, em primeiro lugar, que, embora a inicial haja feito referência àquele dispositivo, verifica-se, de seus termos, que se trata de res-

ponsabilidade decorrente de contrato de transporte, não importando a menos exata invocação de dispositivo legal.

No que diz com a culpa, o que se há de ter em conta é que essa há de ser aferida tendo em vista a natureza do contrato em exame. Não cumprindo a transportadora a obrigação que assumiu, cabe-lhe realmente indenizar. Inexiste dúvida quanto a isso. Correto o acórdão ao assinalar que só o fortuito ou a força maior poderia afastar tal obrigação.

Quem contratou o transporte poderia, por conseguinte, exigir o ressarcimento pela perda da mercadoria. A seguradora, efetuando o pagamento da indenização, sub-roga-se nos direitos do segurado. Tomará, na relação obrigacional, a posição que era dele. Isso de nenhum modo é afetado em virtude de tratar-se de seguradora. A obrigação do causador do dano em relação ao subrogado será aferida tendo em conta os mesmos elementos que seriam requeridos, tratando-se de quem os sofreu.

Conheço do recurso, em virtude do dissídio, mas nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 100.188 — SP

(Registro nº 96.0042012-2)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorridos: *Construtora Alfredo Mathias S/A — Massa Falida e Carlos Alberto Magalhães Lancellotti e outros*

Advogados: *Drs. Elizabeth Clini Diana e outros, Luiz Augusto de Souza Queiroz Ferraz — Síndico e Simone Vieira Valente e outros*

EMENTA: Arrematação. Falência. Preço vil. Tal há de ser considerada a oferta inferior a 25% da avaliação atualizada do bem, apresentada e aceita, sendo desinfluente tratar-se de processo de falência. Hipótese em que se ofendeu o disposto no art. 692 do Cód. de Pr. Civil. Modo de se fazer a venda judicial. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Menezes Direito e Costa Leite.

Brasília, 23 de setembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

Publicado no DJ de 09-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Tomo o relatório de fl. 133, do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos termos seguintes:

“Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra o despa-

cho reproduzido a fls. 68/69, que aceitou a proposta para a alienação de um imóvel da Massa Falida, localizado na Av. Nove de Julho, 3.830, nesta Capital, do qual a agravante é credora hipotecária.

Alegou a agravante, em síntese, que em 20.9.93, o MM. Juiz a quo determinou a atualização do valor da avaliação, relativamente ao imóvel indicado, chegando o Contador Judicial ao montante de 3.434.921,5407 BTN's no mês de setembro de 1993. Acontece, que na data aprazada para a alienação do imóvel (23.3.94), o MM. Juiz aceitou a proposta, entre várias apresentadas, de 450.325 URV's, correspondentes, na data de 9.5.94, a CR\$ 646.630.674,00 (cruzeiros reais), que não poderia ser aceita, por ser vil, pois, em setembro de 1993 já estava avaliado em 3.434.921,5407 BTN's, ou seja, CR\$ 2.514.603,00 (cruzeiros reais).

O agravo foi regularmente processado, manifestando-se o órgão do Ministério Público pela manutenção (fls. 83/85), tendo o MM. Juiz mantido a decisão recorrida (fls. 86).

Nesta instância, a Douta Procuradoria opinou pelo improviamento.

Acrescenta-se que, em diligências determinadas por esta Relatoria, veio para os autos a conta de fls. 116/118. Na seqüência, foi dada ciência às partes e ao Ministério Público.”

Ao agravo foi negado provimento, por maioria de votos, donde a interposição do especial, no qual a Caixa Econômica Federal — CEF alega que a venda se fez por preço vil, em afronta ao disposto no art. 692 do Cód. de Pr. Civil.

Inadmitido na origem o recurso, provi o agravo apensado.

Ouvida, a Subprocuradoria Geral da República é de parecer contrário ao conhecimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Diz a recorrente, valendo-se do disposto no art. 692, que, no caso em exame, trata-se de preço vil, *litteris*: “Pois bem, o preço ofertado e confirmado pelo v. acórdão, ora recorrido, equivale a bem menos da quarta parte do valor real do imóvel avaliado, afrontando, portanto, referido dispositivo legal”.

Disse o Juiz de Direito, na decisão de fls. 68/69, que

“... as características deste processo ensejam seja a proposta

aceita. É que este feito arrastasse há quase 15 anos, em prejuízo dos credores da massa falida, que aguardam com ansiedade o desfecho desta venda.

Demais disso, esta é a terceira vez que o bem é submetido à venda sob modalidade de proposta, sendo justo concluir que o preço real jamais será alcançado, de sorte que, a prevalecer o ponto de vista da falida (fls. 5.659), jamais será vendido.”

Foi a decisão confirmada pelo acórdão, tomado por maioria de votos, como constou do relatório, visto que

“... levando-se em conta as circunstâncias do presente caso, o valor oferecido e aceito acabou sendo razoável, ficando convenido este Relator, nesse sentido, com a feitura de cálculo para atualização dos valores, respectivamente, da avaliação e da proposta apresentada.

Com efeito, em cumprimento à determinação desta Relatoria, o Contador Judicial deste Tribunal atualizou o valor constante do laudo de avaliação até a data da proposta apresentada e aceita, em 3.5.1994 (fls. 41 e 68/69), utilizando os mesmos índices aplicados na conta de fls. 40 (BTN-TR), resultando no valor de Cr\$ 2.514.276.110,74 ou 1.868.600.0496 URVs.

Por outro lado, esclareceu que o valor da proposta apresentada e aceita, isto é, 450.325,000 URVs

corresponde a 24,09959% do valor do laudo atualizado, conforme demonstrado a fls. 117, coluna 7. Portanto, a proposta aceita significou 24,09959% do valor da avaliação, o que não pode ser considerado preço vil, em se tratando de processo de falência.

Acrescenta-se que o entendimento de que a alienação de bens da massa falida por proposta deve seguir critério discricionário do Juiz do processo, ...”

Da declaração de voto vencido, subscrita pelo Desembargador Alfredo Migliore, recolho o seguinte:

“Ora, um terreno dito de cerca de dois mil metros quadrados, com bairro e local comercialmente nobre (entre Centro e Jardins), não poderia ser alienado por menos de quatrocentos mil dólares americanos (US\$ 331.111,00), como o foi. A alegação de que houve vendas judiciais anteriores frustradas não impediria que a venda fosse feita através de outras fórmulas ou de corretores credenciados, dê que por um mínimo de 80% ou 90% do preço de avaliação (e pago em poucas parcelas atualizadas).”

.....

“Provejo o agravo de instrumento.

Anulo a venda judicial formalizada.

É como voto, determinando que a venda judicial precedida de publicidade bastante, seja efetua-

da através de corretores imobiliários, arcando a Massa Falida, — como todo alienante —, com o ônus da incumbência, com preço mínimo de 90% da avaliação e permitido o parcelamento com correção monetária.”

Quero crer que, a despeito das observações contidas na sentença e no acórdão tomado e formado por maioria de votos, trata-se aqui, de fato, de preço vil. É de notar que a oferta aceita significou menos de um quarto da avaliação, a saber, exatamente 24,09959%. Não me sensibiliza, o que deveras sensibilizou o acórdão recorrido, a circunstância de se cuidar de processo de falência. Será que por essa única circunstância poder-se-á, sempre, dispor por menor preço dos bens de massa falida? Parece-me que não é exatamente assim! De outra parte, também não concordo inteiramente com a posição do voto vencido. É prudente que, a meu juízo, não se fixe de antemão o preço mínimo. Que tal seja disciplinado e encontrado pela lei natural da oferta e procura, desde que o preço não seja tão abaixo da avaliação atualizada do bem. Estou inteiramente de acordo quanto ao outro aspecto da declaração de fls. 135/6, isto é, a que se utilize de outros meios de venda (por exemplo, através de corretores imobiliários).

A recorrente também se vale de dissídio jurisprudencial, mencionando acórdãos de outros tribunais, segundo os quais, por exemplo, “A arrematação de fls. 69 realmente foi

por preço vil, pois a quantia ofertada sequer corresponde a 50% do valor da parte ideal do executado. Em se tratando de residência, não se justifica a arrematação pelo preço inferior a 80% da avaliação” (Ap-417.796/0, Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, in JTACSP-RT-118/201). Outro exemplo: “Deve considerar-se vil o preço oferecido por imóvel em leilão, quando inferior a 25% do valor da dívida principal e a 40% do montante da avaliação” (citação de fl. 145).

É certo que os acórdãos paradigmáticos têm lá suas peculiaridades, de modo que se pode entender não se encontrar configurado o dissenso. Fornecem eles, no entanto, elementos para a compreensão do indeterminado conceito de preço vil. O que é preço vil? Pelo visto, é aquele abaixo, talvez muito abaixo, da avaliação. Seria o caso dos presentes autos? Penso que sim, por isso é que, reputando ofendido o aludido art. 692, conheço do recurso especial e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 120.754 — RS

(Registro nº 97.0012697-8)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito*

Recorrente: *Central de Empreendimentos Imobiliários Ltda.*

Recorridos: *Shell Brasil S/A e Posto Stella de Abastecimento Ltda.*

Sustentação oral: *Dr. Lauro Mário Perdigão Schuch, pela recorrente*

Advogados: *Drs. Lauro Mário Perdigão Schuch e outros, Sérgio Gonzaga Dutra e outros, e Sônia Maria Guimarães Ferraz e outro*

EMENTA: *Contrato de empreitada. Compensação. Serviços já realizados. Dedução do valor devido e reconhecido pelas recorridas. Art. 1.241 do Código Civil.*

1. Reconhecendo o Acórdão recorrido que serviços foram executados pela recorrente, tal como explicitado pelas próprias recorridas em contra-razões ao recurso de apelação, impõe-se o provimento, em parte, do especial, para que seja o valor de tais serviços compensados na execução, para restabelecer a dignidade malferida do art. 1.241 do Código Civil.

2. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Costa Leite.

Brasília, 21 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 20-04-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Central de Empreendimentos Imobiliários Ltda. interpõe recurso especial, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Contrato de empreitada — Ação ordinária objetivando sua rescisão por inadimplemento contratual, devidamente contestada e onde foi apresentada reconvenção — Improcedência do pedido

com acolhida da reconvenção, que se mantém em grau de apelo, concluindo-se da prova haver agido a empreiteira com culpa, retardando-se no cumprimento da obrigação que quis executar de forma diversa da pactuada.” (fls. 509)

Houve embargos de declaração (fls. 523 a 528), rejeitados (fls. 530/531).

Alega a recorrente, empreiteira, que a demora na conclusão da obra teria decorrido da recusa das contratantes, recorridas, em aceitar a confecção de estacas “pré-moldadas”, no entanto, as estacas “escaladas com equipamentos de cavação de tirantes” exigidas pelas recorridas não existiriam, segundo os peritos, na engenharia, daí que a recorrente iniciou a execução das estacas pré-moldadas, devendo incidir à espécie a norma do art. 1.247 do Código Civil, que manda o dono da obra, que rescindir o contrato, indenizar o empreiteiro das despesas e do trabalho feito. Igualmente pelo fato de não ter recebido pelos serviços já executados, restaram contrariados, ainda, os artigos 1.241 do Código Civil e 459 do Código de Processo Civil. Por último, alega que foi negado vigência ao art. 1.092 do Código Civil, eis que até chegar à fase do estaqueamento várias etapas foram concluídas, tais como instalação do canteiro, montagem do barracão, mobilização, demolições, instalações etc., porém, os recorridos não lhe pagaram referidos serviços, estando em mora, daí não poderem as recorridas imputar à

recorrente o descumprimento do contrato (fls. 534 a 541).

Foram oferecidas contra-razões (fls. 545 a 557) e o recurso especial não foi admitido (fls. 559 a 562), subindo os autos a esta Corte, entretanto, em razão do provimento de agravo de instrumento (fls. 568).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (Relator): Ordinária relativa a um contrato de empreitada firmado entre a autora, ora recorrente, e os réus, com alegação de que estes, antes de esgotado o prazo contratual, rescindiriam unilateralmente a avença causando prejuízos, com oferta de reconvenção pedindo a rescisão do contrato por culpa da reconvinada. A sentença julgou improcedente a ação e procedente a reconvenção. A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso. O Acórdão recorrido considerou que a “questão jurídica trazida a Juízo resume-se à análise do descumprimento do contrato de empreitada de obras”, e, após esmiuçar a prova dos autos, conclui que houve o “descumprimento da obrigação pela empreiteira que, na data para a entrega das fundações, estava apenas iniciando os trabalhos. Resolveu ela” — prossegue o Acórdão recorrido — “ante a firmeza das contratantes de seu trabalho, tomar a iniciativa da rescisão do pacto, apresentando-se como vítima, quando, na realidade, foi a

efetiva responsável pelo atraso na execução, surgindo, na oportunidade, de parte a parte, notificações denunciando o contrato” (fls. 520/521). Os declaratórios foram repelidos, considerando o Tribunal que a própria embargante limitava-se a reconhecer que discordava da interpretação e exame dos documentos contidos nos autos (fls. 531).

O art. 1.092, do Código Civil, bem assim o art. 459 do Código de Processo Civil não foram prequestionados.

Merece atenção a alegada compensação, desafiada pelo Acórdão recorrido ao asseverar que tal “não lhe foi negado e será levado em consideração, como o reconhecem os Apelados em suas contra-razões, às fls. 490/2, coerentes com sua oferta da notificação extrajudicial onde colocaram à sua disposição determinado valor” (fls. 521).

Ora, se o Acórdão recorrido reconhece que serviços foram executados e que os valores devidos devem ser levados em consideração, tudo no lastro da prova dos autos, explicitado pelas próprias ré-reconvintes nas contra-razões, o caso é de provimento, em parte, do recurso para que sejam pagos os valores relativos aos serviços já executados, até mesmo para impedir o enriquecimento sem causa.

Destarte, eu conheço do recurso e dou-lhe provimento, em parte, para determinar que sejam deduzidos na execução os valores reconhecidos pela recorrida como devidos, malferido o art. 1.241 do Código Civil. Custas e honorários compensados na ação.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Também tenho dificuldade para conhecer do recurso quanto à primeira parte, porque a questão suscitada esbarra na Súmula 7. Mas, tal como S. Exa. demonstrou, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acabou por ofender o art. 1.241 do Cód. Civil.

Acompanho, portanto.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Peço a V. Exa. um esclarecimento, antes que se tome o voto do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recebi um memorial do nobre advogado e acompanhei atentamente o voto de V. Exa. e a defesa brilhante feita pelo advogado da tribuna, mas ficou-me uma dúvida. O juiz, ao desprezar aquela primeira prova realizada, desprezou-a expressamente — pelo menos há um despacho nos autos às folhas 296, em que S. Exa., enfático, manda, inclusive, apurar a eventual responsabilidade criminal desse perito, que era da confiança do juízo — é tido por inabilitado? V. Exa., não veria aí uma existência de direito probatório ferido?

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Não vejo. Na verdade, a questão é pertinente, como de hábito. Neste caso, este aspecto nem sequer foi mencionado no acórdão recorrido. O recurso especial entra pelo 1.092, pelo 1.241, pelo 1.247 e pelo 459. Como

disse o Sr. Ministro Nilson Naves, com muita clareza, foi preciso arrumar uma solução, porque, na realidade, o recurso especial faz referência à compensação. O acórdão recorrido reconheceu que há etapas, e tanto há que foi rompido o contrato por culpa expressa, reconhecida, da empresa contratada, ora recorrente, pelos juízos de Primeiro e Segundo graus.

A empresa recorrida reconheceu que certos serviços foram prestados, e o acórdão recorrido também faz a mesma referência. Então, estamos acolhendo por esse flanco, não tendo por que reavaliar a prova, pois existe a barreira da Súmula 7. Não existe um direito probatório, creio, violado no caso.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Quer dizer que prevalece, então, a decisão assentada nessa prova que foi tida como não-idônea?

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Veja bem, tenho aprendido aqui que temos de examinar o recurso especial como ele é posto. Expressamente, ele entra com recurso especial, destacadamente, com relação a quatro artigos. Quais são esses artigos? São o 459, que não foi prequestionado; o 1.247, que não foi prequestionado, e se tivesse sido, também, teria um outro problema, pois houve a identificação da culpa da empreiteira com base no laudo e nas demais provas dos autos, e não se questionou no especial a validade dessa prova; o 1.241, que é o artigo de lei federal que estamos a exami-

nar; e, depois, o 1.092, que não tem nada a ver com este processo e que, também, não foi prequestionado. Não se cuidou, ainda, do art. 1.010 do Código Civil, que é o artigo da compensação a que o advogado fez referência — não ao artigo, mas à tese da compensação. Então, como vou, agora, no recurso especial, reavaliar a circunstância probatória? Tenho de reavaliar, nos termos postos pelo especial, se houve violação a esses artigos que foram apontados. Como o acórdão recorrida reconhece que houve prestação de serviços, quer dizer, que essas etapas foram cumpridas, e que ele teria direito a receber o que já fez parece-me que o melhor caminho é o indicado no meu voto.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Nesse ponto há uma colocação muito curiosa do acórdão. A decisão diz: “nem mesmo no seu reclamo contra a sentença relativa à não-ressalva do seu direito à compensação do valor do serviço que executou, tem razão a apelante, pois isso não lhe foi negado e será levado em consideração como reconhece os apelantes em suas contra-razões, coerente com a sua oferta na notificação judicial em que coloca à sua disposição determinado valor.”

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Essa é a solução clara. Então, estamos acolhendo para dizer que o serviço foi prestado, que foi reconhecido, e a parte tem direito a receber.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Agradeço a V. Exa.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, recebi ontem o memorial do nobre advogado e o estudei com muita atenção, mas, também, fiquei com esta dificuldade: a falta de prequestionamento, porque se houvesse prequestionado a questão do direito probatório, em verdade, esse acórdão não poderia prevalecer, pois está embasado numa prova proclamadamente inidônea nos autos. O acórdão passa por cima disso. O despacho a que me refiro é o de folhas 296.

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (Relator): O acórdão ter passado por cima não foi nada, mas, o recurso não passou.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Por essa dificuldade que fiz a pergunta a V. Exa. porque talvez nos autos houvesse algum outro elemento que não constasse do memorial.

Indago a V. Exa. por derradeiro, se está conhecendo do recurso em parte e o provendo nessa parte, como ficaram os ônus sucumbenciais?

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Se a Turma toda acolher não tenho oposição.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Já que estamos para reformar o acórdão nessa parte, deveríamos...

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Vamos primeiro aguardar.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Gostaria de reformá-lo,

mas, realmente, estou impossibilitado de fazê-lo.

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Assim decidido, é cabível a repartição das custas e a compensação dos honorários.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: V. Exa. acolheria nesse ponto também?

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Acolheria.

RECURSO ESPECIAL Nº 124.368 — PE
(Registro nº 97.0019352-7)

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito*

Recorrente: *Companhia Cervejaria Brahma*

Recorrida: *Sabida Sacaria Bebidas Ltda.*

Sustentação oral: *Drs. Carlos Eduardo Caputo Bastos (pela recorrente) e Hermenito Dourado (pela recorrida)*

Advogados: *Drs. Sérgio Zveiter e outros, e Hermenito Dourado e outros*

EMENTA: *Ação de indenização. Modificação em declaratórios da modalidade de execução. Enquadramento do contrato. Omissão sobre os fundamentos para afastar a reconvenção. Precedente. Súmula nº 05 da Corte.*

1. Como já firmado em precedente, não é possível nos “declaratórios, rever a decisão anterior, com reexame de ponto sobre o qual já houve pronunciamento, tido então por correto, invertendo, em consequência, o resultado final”, sob pena de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. O pedido reconvenicional foi repellido expressamente no Acórdão recorrido, reproduzidos os fundamentos da sentença.

3. O enquadramento do contrato, nas circunstâncias do caso sob julgamento depende do exame dos seus termos, o que não tem cabimento no especial, a teor da Súmula nº 05 da Corte.

4. Recurso conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator. Impedido o Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Brasília, 16 de dezembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente, Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Relator.

Publicado no DJ de 20-04-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Sabida Sacaria Bebidas Ltda., com base na Lei nº 4.886/65, ajuizou ação de indenização cumulada com reparação por perdas e danos contra a Companhia Cervejaria Brahma, sob a alegação de que esta descumpriu o contrato de representação comercial firmado entre as partes, reduzindo a sua quota de 19.000 para 4.000 caixas de bebidas, terminando por rescindi-lo ilicitamente.

Processada regularmente a ação, sobreveio a sentença de fls. 262 a 269, contra a qual foi interposta apelação, prejudicada em razão de

provimento dado a agravo de instrumento para anular parcialmente o processo a partir do despacho saneador. Foi proferido, então, novo saneador (fls. 333), deferindo a reconvenção e determinando que a autora exhibisse os livros e documentos contábeis.

Sobreveio a sentença de fls. 523 a 528 que julgou procedente a ação e improcedente a reconvenção.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco por sua 1ª Câmara Cível dirimiu a controvérsia em Acórdão assim ementado, **verbis**:

“Ação Ordinária.

Contrato de representação mercantil, firmado por prazo indeterminado, e disciplinado pela Lei nº 4.886/65.

Rescisão unilateral do contrato.

Ao rescindi-lo, sem a prévia notificação à outra contratante, assumiu a Companhia Cervejaria Brahma — Filial Nordeste, com a prática do ilícito, o ônus de ressarcir os danos causados e reconhecidos pela sentença do primeiro grau de jurisdição.

Apelo improvido.” (fls. 595)

O Tribunal a **quo** determinou, ainda, que a liquidação, para fins de execução, se fizesse por artigos.

Opostos embargos de declaração pela autora, foram estes acolhidos (fls. 639 a 652), para que a execução se faça por cálculo do contador, em face da prescrição para apresentação dos documentos contábeis e fiscais.

A ora recorrente opôs quatro embargos declaratórios, não conhecidos, sendo aplicadas nos Acórdãos de fls. 823 e 859, as multas de 1% (um por cento) e de 10% (dez por cento), respectivamente.

Com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, interpõe a Companhia Cervejaria Brahma o presente recurso especial contra o Acórdão da apelação, complementado pelos prolatados nos embargos declaratórios, sustentando violação aos dispositivos legais seguintes:

a) artigos 1º e 27 da Lei nº 4.886/65, vez que apreciada a matéria em dissonância com a natureza do contrato que é de revenda e distribuição e não de representação comercial;

b) art. 535 c/c o 463 do Código de Processo Civil ao alterar, no julgamento dos embargos de declaração, a forma de execução do julgado, o que não cabe;

c) artigos 318, 458, inciso II, 459, 131 e 165 do Código de Processo Civil, vez que incompleta a prestação jurisdicional, carente de fundamentação no tocante ao exame da reconvenção, daí o pedido de nulidade do **decisum** por ser **citra petita**;

Alega, ainda, que a multa aplicada no julgamento dos embargos de declaração é injusta, nos termos da Súmula nº 98-STJ.

Traz julgados desta Corte para comprovar a divergência jurisprudencial.

Oferecidas contra-razões (fls. 975 a 989), foi admitido o recurso especial (fls. 1.010 a 1.013).

Houve recurso extraordinário, não admitido (fls. 1.015 a 1.017).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (Relator): Ação indenizatória ajuizada pela recorrida, com reconvenção, julgado procedente o pedido e improcedente a reconvenção. O Acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, proveu, em parte, a apelação para determinar que a execução seja por artigos. Considerou o Tribunal de origem que o contrato era de representação mercantil, disciplinado pela Lei nº 4.866/85 e que a rescisão foi unilateral, sem prévia notificação. Em sede de declaratórios foi determinada a execução por cálculo do contador. A ora recorrente manifestou quatro embargos de declaração, imposta no terceiro e no quarto a multa prevista no Código, explicitado no último a aplicação do parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 8.950/94.

O especial, em síntese, tem três frentes de combate: a primeira sobre o Acórdão dos declaratórios que alterou o julgado na parte relativa ao modo da liquidação; a segunda sobre a omissão do Acórdão no que se refere ao pedido reconvenicional, que não teria recebido fundamentação suficiente; finalmente, a ter-

ceira sobre o próprio mérito do julgado, desafiando a qualificação jurídica do contrato como vista pelo Acórdão da apelação.

O relator votou pela manutenção da sentença. Em voto vista, o Desembargador Antônio Amorim divergiu. Em seu voto sustentou que a 3ª Câmara Cível do Tribunal havia provido agravo de instrumento anulando a audiência de instrução e julgamento designada e considerando que a “prescrição de que trata a agravada diz respeito à ação fundar-se nessas contas, nesses livros. Aqui não se trata de Ação com fundamento nesses documentos, nesses livros. Aqui se trata do pedido de exibição de documentos para se realizar uma perícia”, determinando que os “papéis sejam postos à disposição do perito, Assistente Técnico da Agravante” (fls. 496). Entendeu, então, que tal decisão deveria, portanto, ser cumprida, e adiantou:

“Tratando-se, no caso, a Apelada de sociedade comercial não dissolvida e extinta, com a obrigação, portanto, de manter os seus livros mercantis e escrita contábil, com lucros ou prejuízos, o valor da indenização das perdas e danos só poderá ser fixado com base nos referidos elementos, que são elementos seguros de convicção, pois do contrário poderia ensejar valores imaginários e enriquecimento ilícito do credor.

Não tendo a Apelada, conforme já confessou, esses elementos disponíveis, precisa alegar e provar

fatos novos para que se possa calcular os valores que efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar.

Assim, com a devida vênua dos eminentes Relator e Revisor, o meu voto é dando provimento parcial à Apelação para que o valor das perdas e danos seja apurado por artigos, em liquidação da sentença, pela forma estabelecida nos arts. 608 e 609, do C.P.C.”

Os Relator e Revisor aderiram ao novo entendimento sobre a forma da liquidação.

Em embargos de declaração, a ora recorrida alega que o Acórdão do agravo de instrumento não fez coisa julgada e argumenta que o voto vista, que provocou a modificação dos votos do Relator e do Revisor, “não considerou os prazos prescricionais previstos, imperativamente, nos dispositivos de lei invocados pela Apelada em suas contra-razões” e prosseguiu asseverando que “antes e depois da perícia, a Apelada afirmou não mais possuir aqueles documentos”.

O Tribunal de origem alterou, então, a sua decisão ao fundamento de estar comprovado que a então embargante “não mais tinha obrigação de trazer para o processo os livros e balanços da sociedade bem como os débitos fiscais, todos atingidos pela prescrição operada, a liquidação do julgado deverá ser efetivada na forma do art. 604, do CPC, alterado pela redação do art. 1º da Lei nº 8.898, de 29.06.94”.

Sob todas as luzes, na minha compreensão, a disciplina do art. 535 do Código de Processo Civil foi violada flagrantemente.

Já no final do voto do Relator parece estar a motivação principal da modificação do julgado, assim a assertiva de que a execução feita “por artigos de liquidação “baseada em documentos prescritos, mormente quando há uma perícia nos autos realizada por determinação do Juízo **a quo** e que embasou a sentença apelada, terá tão-somente a virtude, no mínimo prolongar por mais oito (08) anos a conclusão desta ação, quando a legislação processual, com suas recentes modificações (Lei 8.898, de 29-VI-94, alterações dos artigos 603, 604, 605 e 609 do CPC)”.

Ora, os embargos de declaração não servem para esse declarado intento de corrigir o julgado. Anote-se, e por isso fiz questão de transcrever parte do voto vista do Desembargador Antônio Amorim, que leu o Relator e o Revisor a uma outra conclusão na parte da liquidação, que a substância do voto foi, exatamente, a avaliação sobre a questão da prescrição, que está, pois, enfrentada, sem sombra, no voto que acabou prevalecendo. Não houve qualquer lapso, sob a guarida do art. 535 do Código de Processo Civil, a justificar a integração do julgado e, por esse veio, alterar o Acórdão da Apelação. A inversão na forma de liquidação acolhida pelo Tribunal de origem, provocada por voto vista que examinou detalhadamente as circunstâncias do processo para esse

fim, só poderia ser alcançada por recurso outro que não os declaratórios.

Leia-se a ementa do precedente de que foi Relator o Senhor Ministro Nilson Naves:

“Embargos de declaração. Cabimento/âmbito.

Não cabe nos declaratórios rever a decisão anterior, com o reexame de ponto sobre o qual já houve pronunciamento, tido então por correto, invertendo, em consequência, o resultado final. Caso em que ocorreu alteração substancial do julgamento, diante de nova versão, apresentada e acolhida, de uma das questões em debate, daí a procedência da alegada ofensa ao art. 535 do Cód. de Pr. Civil. Recurso especial conhecido em parte e assim provido.” (REsp nº 13.501-SP, DJ de 17.02.92)

Assim, entendo violado o art. 535 do Código de Processo Civil, e, por isso, conheço do recurso, nesta parte, e dou-lhe provimento para restabelecer o Acórdão da Apelação.

No que concerne ao pedido reconvenicional, a recorrente não tem razão alguma. O Acórdão repeliu a apelação considerando que “em relação ao não pagamento das obrigações contratuais no valor de Cz\$ 64.694,24 (sessenta e quatro mil, seiscentos e noventa e quatro cruzados e vinte e quatro centavos), observo que os documentos de fls. 201/212, não revela (**sic**) claramente ser a suplicante devedora de tal débito, apesar da

afirmação dos cheques terem sido emitidos pós-datados". E os declaratórios inaugurais não cuidaram desse aspecto, a demonstrar que a ora recorrente, na verdade, aos solos, pretendeu prolongar a etapa recursal nesse grau de jurisdição,

O mérito, a meu juízo, desafia o enquadramento do contrato. Não, como pretende a recorrente, a qualificação jurídica do contrato diante da realidade. O Tribunal de origem, para identificar a regência da Lei nº 4.886/85, desceu ao exame detalhado do contrato, a partir da interpretação que fez da Cláusula 1ª, afirmando o Relator que "houve um contrato de representação, indiferentemente à designação que se lhe emprestou" (fls. 609). Não creio possível, nas circunstâncias presentes nestes autos, rever esse enquadramento, diante dos termos da Súmula nº 05 da Corte. Para vencer a configuração apresentada pelo Acórdão recorrido, torna-se imperativo reexaminar e reinterpretar o contrato, o que, como afirmei, não tenho como permitido nos limites do recurso especial. Por outro lado, vale anotar precedente de que foi Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em recurso especial interposto pela Cia. Sulina de Bebidas Antártica, cuidando do contrato de revenda com exclusividade, afirmando que para a doutrina "os contratos atípicos devem ser apreciados não apenas pela disciplina geral dos contratos afins, mas;

primeiro, pela analogia; segundo, de acordo com os princípios gerais do direito obrigacional e contratual; terceiro, pela livre apreciação do juiz" (REsp nº 5.680-SC, DJ de 10/12/90). A meu juízo, com todo o maior respeito aos que pensam em sentido contrário, o entendimento do Tribunal de origem não discrepa dessas lições.

No que se refere, finalmente, à multa aplicada nos declaratórios, a justiça ou injustiça da mesma não configura violação a ser apreciada no especial.

Em conclusão, eu conheço, em parte, do recurso e nessa parte dou-lhe provimento para cassar a decisão dos declaratórios que modificou o julgado sobre a modalidade da execução.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Srs. Ministros, não se trata de dar nova qualificação jurídica, mas sim de interpretar o contrato, para o deslinde da questão de modo contrário ao acórdão. Em tais circunstâncias, é inarredável a incidência da Súmula nº 05.

De outra parte, houve efetivamente revisão do julgado, sem que isso resultasse de sua necessária integração, na forma do art. 535 do CPC.

Com essas breves considerações, adiro ao voto do Sr. Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 128.260 — SC

(Registro nº 97.0026773-3)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Altamir Miguel Ceugi e outros*

Recorridos: *Instituto de Resseguros do Brasil — IRB e Companhia de Seguros Marítimos e Terrestres Phenix de Porto Alegre*

Advogados: *Drs. Manoel Antônio Bruno Neto e outros, Sebastião Procopio Nogueira e outros, e Werner Cantalicio João Becker e outros*

Sustentação Oral: *Dr. Claudio Santos, pelos recorrentes*

EMENTA: Multa moratória diária.

Incidência da limitação imposta pelo artigo 920 do Código Civil.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Waldemar Zveiter e Nilson Naves, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Menezes Direito, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 03 de fevereiro de 1998 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

Publicado no DJ de 06-04-98.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de ação ajuizada por Altamir Miguel Ceugi e outros, mutuários da COHAB/SC, objetivando indenização em virtude dos danos verificados em imóveis que adquiriram. Cumularam pedido de condenação ao pagamento de multa. Figura como ré a Companhia de Seguros Marítimos e Terrestres Phenix de Porto Alegre que requereu viesse ao processo o IRB — Instituto de Resseguros do Brasil.

Acolhida a pretensão, apelaram as partes.

O acórdão proveu em parte a apelação da seguradora/ré, “para limitar a multa convencional ao valor de obrigação de proceder aos reparos, como apurado na perícia, dando-se igualmente provimento parcial ao recurso do IRB — Instituto

de Resseguros do Brasil, limitando os juros a 6% a.a., negando-se provimento ao apelo dos autores”.

A seguradora e os autores formularam pedido de declaração, tendo o acórdão rejeitado o da primeira, provendo em parte o dos segundos “para assegurar a estes o recebimento em dinheiro relativamente aos reparos já feitos nas casas, sem prejuízo da execução da sentença, nos termos acima enunciados, em relação às partes não recuperadas das casas”.

Recorreram as partes, utilizando-se do especial.

Os autores sustentaram que contrariados os artigos 287, 461, 644, parágrafo único e 645, parágrafo único, todos do C.P.C.. Salientaram que, na hipótese, a multa não se subordina ao limite previsto no artigo 920 do Código Civil, ponto sobre o qual afirmaram existir dissídio. Arrolaram julgados.

Aos recursos da seguradora e do litisdenunciado foi negado seguimento, admitindo-se o dos autores.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): As partes dispuseram que seria devida a multa de dois por cento para cada dez dias de atraso no cumprimento do convencionado. Prende-se a questão unicamente a saber se incide a limitação constante do artigo 920 do Código Civil, tendo em vista que a delonga no adimplemento levaria a

que o valor total da pena pecuniária ultrapassasse várias vezes o da obrigação principal.

Trata-se, no caso, indubitavelmente, de multa de caráter moratório, cujo objetivo é induzir o devedor ao cumprimento pontual da obrigação, ao mesmo tempo em que traduz prefixação do valor das perdas e danos que pudessem ser devidas pelo atraso.

Considero que a ela se há de aplicar a restrição do dispositivo citado, com maior razão até do que quando se trate de multa compensatória.

Com efeito, nessa última a pena substitui a indenização. Efetuado o pagamento daquela, mais não poderá exigir o credor. Tratando-se de multa moratória, entretanto, poderá o credor “exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”. Não se compreenderia que, devendo ser paga apenas a multa, incidisse o teto do artigo 920 e o mesmo não se verificasse quando se pudesse cumulativamente pleitear o adimplemento da obrigação.

O Código Civil nenhuma distinção faz e não se justifica seja introduzida pelo intérprete.

Argumenta-se com a circunstância de que a pena visa também a compelir ao cumprimento da obrigação, não devendo ter limite. Essa é uma opção que poderia o legislador ter feito, como em outros países, mas o certo é que não fez. Acresce uma circunstância. Havendo atraso, o pagamento da multa po-

derá ser exigido, ainda que já tenha havido o adimplemento, ou seja, quando a multa já teria perdido inteiramente aquela finalidade coercitiva. A prevalecer a tese sustentada no recurso, pode suceder que o devedor, após cumprir o que lhe cabia, em relação à obrigação principal, venha a ser ainda condenado a pagar importância que supere seu valor.

Nas bem elaboradas razões do recurso, salienta-se que a lei processual não mais estabelece limite para o valor das *astreintes*, ao contrário do que sucedia no Código de 39.

Devo observar, de início, que afasto o exame das modificações introduzidas pela Lei 8.953/94, já que sua edição se fez após o ajuizamento da ação. Deve-se assinalar, entretanto, que se previu a possibilidade de o juiz reduzir a multa prevista no título, se a tiver como excessiva.

Na redação primitiva do Código, a cominação da multa fazia-se na sentença e sua exigibilidade só se daria uma vez decorrido, sem atendimento ao nela determinado, o prazo fixado pelo juiz. Não era admissível tratando-se de título extrajudicial.

Vê-se que, embora inexistente limite para o valor total da multa, sua fluência dava-se e ainda se dá, aliás, após findo o prazo estabelecido pelo juiz. E, no sistema anterior, sempre em execução de sentença. A situação é bem diversa daquela em que a multa é devida tão logo ocorra o inadimplemento.

Allega-se que haveria desproporção entre os prejuízos causados pelo

retardamento no cumprimento da obrigação e a indenização correspondente à multa, se limitado o valor dessa. Esse inconveniente pode ocorrer quando se pactua pena pecuniária. Paralelamente, apresenta-se a vantagem de não se ter de demonstrar concretamente a existência e montante dos prejuízos.

Conheço do recurso, em virtude do dissídio, mas nego-lhe provimento.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Para melhor situar a espécie leio o relatório elaborado pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, assim:

“Trata-se de ação ajuizada por Altamir Miguel Ceugi e outros, mutuários da COHAB/SC, objetivando indenização em virtude dos danos verificados em imóveis que adquiriram. Cumularam pedido de condenação ao pagamento de multa. Figura como ré a Companhia de Seguros Marítimos e Terrestres Phenix de Porto Alegre que requereu viesse ao processo o IRB — Instituto de Resseguros do Brasil.

Acolhida a pretensão, apela-rem as partes.

O acordão proveu em parte a apelação da seguradora/ré, “para limitar a multa convencional ao valor da obrigação de proceder aos reparos, como apurado na perícia, dando-se igualmente pro-

vimento parcial ao recurso do IRB — Instituto de Resseguros do Brasil, limitando os juros a 6% a.a., negando-se provimento ao apelo dos autores”.

A seguradora e os autores formularam pedido de declaração, tendo o acórdão rejeitado o da primeira, provendo em parte o dos segundos “para assegurar a estes o recebimento em dinheiro relativamente aos reparos já feitos nas casas, sem prejuízo da execução da sentença, nos termos acima enunciados, em relação às partes não recuperadas das casas”.

Recorreram as partes, utilizando-se do especial.

Os autores sustentaram que contrariados os artigos 287, 461, 644, parágrafo único e 645, parágrafo único, todos do C.P.C. Salientaram que, na hipótese, a multa não se subordina ao limite previsto no artigo 920 do Código Civil, ponto sobre o qual afirmaram existir dissídio. Arrolaram julgados.

Aos recursos da seguradora e do litisdenunciado foi negado seguimento, admitindo-se o dos autores.”

Tal a hipótese, decidiu-a da forma seguinte o douto relator:

“As partes dispuseram que seria devida a multa de dois por cento para cada dez dias de atraso no cumprimento do convencionado. Prende-se a questão unicamente a saber se incide a limita-

ção constante do artigo 920 do Código Civil, tendo em vista que a delonga no adimplemento levaria a que o valor total de pena pecuniária ultrapassasse várias vezes o da obrigação principal.

Trata-se, no caso, indubitavelmente, de multa de caráter moratório, cujo objetivo é induzir o devedor ao cumprimento pontual da obrigação, ao mesmo tempo em que traduz prefixação do valor das perdas e danos que pudessem ser devidas pelo atraso.

Considero que a ela se há de aplicar a restrição do dispositivo citado, com maior razão até do que quando se trate de multa compensatória.

Com efeito, nessa última a pena substitui a indenização. Efetuado o pagamento daquela, mais não poderá exigir o credor. Tratando-se de multa moratória, entretanto, poderá o credor “exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”. Não se compreenderia que, devendo ser paga apenas a multa, incidisse o teto do artigo 920 e o mesmo não se verificasse quando se pudesse cumulativamente pleitear o adimplemento da obrigação.

O Código Civil nenhuma distinção faz e não se justifica seja introduzida pelo intérprete.

Argumenta-se com a circunstância de que a pena visa também a compelir ao cumprimento da obrigação, não devendo ter limite. Essa é uma opção que po-

deria o legislador ter feito, como em outros países, mas o certo é que não fez. Acresce uma circunstância. Havendo atraso, o pagamento da multa poderá ser exigido, ainda que já tenha havido o adimplemento, ou seja, quando a multa já teria perdido inteiramente aquela finalidade coercitiva. A prevalecer a tese sustentada no recurso, pode suceder que o devedor, após cumprir o que lhe cabia, em relação à obrigação principal, venha a ser ainda condenado a pagar importância que supere seu valor.

Nas bem elaboradas razões do recurso salienta-se que a lei processual não mais estabelece limite para o valor das *astreintes*, ao contrário do que sucedia no Código de 39.

Devo observar, de início, que afasto o exame das modificações introduzidas pela Lei 8.953/94, já que sua edição se fez após o ajuizamento da ação. Deve-se assinalar, entretanto, que se previu a possibilidade de o juiz reduzir a multa, prevista no título, se a tiver como excessiva.

Na redação primitiva do Código, a cominação da multa fazia-se na sentença e sua exigibilidade só se daria uma vez decorrido, sem atendimento ao nela determinado, o prazo fixado pelo juiz. Não era admissível tratando-se de título extrajudicial.

Vê-se que, embora inexistente limite para o valor total da multa, sua fluência dava-se e ainda se dá, aliás, após findo o prazo

estabelecido pelo juiz. E, no sistema anterior, sempre em execução de sentença. A situação é bem diversa daquela em que a multa é devida tão logo ocorra o inadimplemento.

Alega-se que haveria desproporção entre os prejuízos causados pelo retardamento no cumprimento da obrigação e a indenização correspondente à multa, se limitado o valor dessa. Esse inconveniente pode ocorrer quando se pactua pena pecuniária. Paralelamente, apresenta-se a vantagem de não se ter de demonstrar concretamente a existência e montante dos prejuízos.

Conheço do recurso, em virtude do dissídio, mas nego-lhe provimento.”

Tenho que para dirimir a questão afigura-se indispensável definir-se qual a natureza da cláusula convencionada, se penal compensatória ou exclusivamente cominatória. Aquela com o objetivo de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação ao tempo em que significa também prefixação das perdas e danos, eventualmente devidas pela demora. Esta como meio coercitivo de execução.

Para tanto permito-me colher do acórdão o ponto em que dela cuida (fls. 6.108/6.111):

“Cumpre, por fim, examinar o apelo na parte em que reputa excessiva a multa imposta pelo desatendimento, por parte da segu-

radora, das obrigações assumidas no contrato de seguro.

A cláusula 17.3 previu que “A falta de pagamento da indenização, no prazo fixado no item 16.2 da cláusula 16ª destas condições, sujeitará a seguradora ao pagamento da multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da indenização devida para cada decêndio ou fração de atraso, sem prejuízo de aplicação de correção monetária cabível” (fls. 3176v., vol. 8/18).

A sentença impôs à seguradora o pagamento da “multa decendial contratualmente fixada em 2% sobre o valor do principal estabelecido nos orçamentos já mencionados, relativos a cada uma das moradias, por fração ou decêndio em atraso, a contar do 3º dia após as datas das emissões dos Termos de Reconhecimento de Cobertura” insurgindo-se a apelante quanto à ilimitação da multa, pretendendo, mesmo, não deva ela ultrapassar de 10% do valor do principal, na forma do art. 9º do Decreto 22.626/33 — Lei de Usura.

Assiste-lhe razão em parte.

A multa de que se trata não está sujeita ao limite de 10% da lei da usura.

Copiosa, a respeito, a jurisprudência.

Já o Tribunal de São Paulo, em antigo acórdão publicado na RT 152/687 assim proclamou: “O limite de 10% da multa contratual só se entende em relação aos contratos de mútuo”.

Por igual o TJ-RS (Repertório de Jurisprudência do Código Civil — Direito das Obrigações, n. 68) e o próprio STF, em aresto da lavra de **Orozimbo Nonato** (obra por último citada, n. 67 e ainda RF 111, págs. 374/5), assinalando que “O Decreto n. 22.626 é de aplicação confinada aos contratos de mútuo e visa a cobrir a estipulação e cobrança de juros imodestos e de cláusulas desmedidas.”

Esta própria Corte assim também o decidiu, em aresto da lavra do eminente Des. Ayres Gama, com apoio em **Sílvio Rodrigues** e arestos do STF (Jurisprudência Catarinense 14/152), entendimento reafirmado mais tarde no AC n. 20.647 (Jurisprudência Catarinense 43/97), em aresto da lavra do saudoso Des. Osny Caetano.

A multa, contudo, não é ilimitada, tendo razão, neste ponto, a apelante.

Prevalece, no caso, o disposto no art. 920 do Código Civil segundo o qual “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”

Carvalho Santos já escreveu:

“No sistema do nosso Código, as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a no valor que entenderem acordar como representativo das perdas e danos. Mas,

sendo certo que a liberdade, no conceito do direito moderno, não é irrestrita, tendo, ao invés, limites que lhe são traçados pelos interesses da ordem pública, a liberdade de convenção, na espécie, ficou delimitada na lei, ao não permitir que as partes convençionem a cláusula penal em valor excedente ao da obrigação principal” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XI, pág. 361, edição 1935).

Mais modernamente **Orlando Gomes**, depois de dizer que a cláusula penal pode ser prevista para a “inexecução do contrato”, ou para a “infração de uma de suas cláusulas” ou para a “simples mora”, diz que nas duas últimas hipóteses é ela cumulativa com a obrigação principal.

Ou seja, “além do cumprimento de obrigação principal, assiste ao credor o direito a exigir do devedor que também lhe pague a indenização prefixada na cláusula” (Obrigações, ed. Forense, 1976, pág. 193).

Mas adverte que há um *limite máximo*: “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, seja qual for a extensão do dano. A parte excedente é excluída, valendo a cláusula até a medida prevista em lei, justificando-se tal restrição pela necessidade de coibir abusos e injustiças” (ob. citada, pág. 194).

Essa orientação jurisprudencial, antiga e nova.

De antigos arestos se vê que verificado o inadimplemento de certas cláusulas a multa “não pode exceder o valor da obrigação principal” (RT 185/711). Por igual RT 142/673.

De mais novos, pode-se referir o do TA de São Paulo divulgado por **Wilson Bussada** em seu “Código Civil Interpretado pelos Tribunais”, vol. 4, Tomo I, sob n. 213 e ainda o do STF nos Embargos no Recurso Extraordinário n. 78.314 — Tribunal Pleno, relator o Sr. Ministro Antônio Nader (RTJ 77/489), com esta ementa:

“1. A pena imposta em ação cominatória não pode ser superior ao quanto da obrigação principal (Cód. Civil, art. 920; C. Pr. Civ. de 1939, arts. 303 e 1.005)”.

Refere o último que ao julgar o caso na egrégia Primeira Turma o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro invocara anterior decisão da Corte no RE 25.649, relator o Sr. Ministro Luiz Gallotti no sentido de que “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”, enunciando-se na ementa do julgado embargado:

“Ação Cominatória. Não pode a pena cominatória exceder o valor da obrigação principal.

“Recurso extraordinário conhecido e provido”.

Neste ponto, pois, é provido parcialmente o recurso da segu-

radora para limitar a multa ao valor da condenação principal.”

De sua leitura, com a vênia devida, extraio que a cláusula 17ª tem por função precípua garantir o cumprimento do que se pactuou na cláusula 16ª antecedente, eminentemente cominatória porque a multa decedencial e progressiva nela estabelecida, não visa substituir a obrigação principal, nem compensar perdas e danos resultantes de demora no cumprimento. Traz em seu conteúdo efeito coercitivo pela progressividade estipulada, mais se afeiçoando ao que dispõe o art. 644 do CPC na edição de 1973 e mesmo após a alteração imposta pela Lei 8.953/94.

Por ter vislumbrado tal característica quando da prolação do duto voto do Sr. Ministro-Relator, foi que solicitei vista dos autos por lembrar-me de precedentes da Turma em casos semelhantes.

Feita a pesquisa encontrei pelo menos dois precedentes os quais, segundo penso, ajustam-se à hipótese dos autos.

Refiro-me ao REsp nº 43.389-4/RJ em que fui relator e o REsp. nº 8.065/SP, relator, o Sr. Ministro Cláudio Santos. Naquele, por afeiçoar-se a hipótese vertente, peço permissão para transcrever trecho no que interessa:

“Trata-se de hipótese já resolvida em precedente do STJ.

Assim dispôs o Acórdão recorrido: (fls. 86/87):

“Nas ações cominatórias o prazo para o cumprimento da obrigação conta-se da citação para cumprir o julgado, se outro não estiver já determinado (CPC, art. 632).

Assim, normalmente, é da citação que se conta o prazo para o cumprimento da obrigação de fazer, findo o qual incide a multa.

O artigo 632 do CPC há de ser interpretado em conjugação com os artigos 287 e 644 do CPC.

O artigo 287 dispõe que na petição inicial deverá constar a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença.

A melhor interpretação, aliás a mais corrente, há de harmonizar os artigos 287 e 632 do CPC, resultando que o descumprimento da sentença só se caracteriza se o obrigado, citado para cumprir a obrigação não o fez no prazo assinado pela sentença.

O artigo 644 do CPC também se harmoniza com esse entendimento.

A ressalva contida na parte final do artigo 632, “se outro prazo não estiver já determinado”, só pode significar que, omitindo-se a sentença do processo de conhecimento na fixação do prazo, este será fixado pelo juiz da execução.

Pede ainda a apelante que o valor da multa seja limitado ao da obrigação hipotecária.

A multa cominatória, em que pese relevantes opiniões em contrário, não pode ser limitada.

A multa imposta em ação cominatória é análoga à da cláusula penal e a teor do artigo 920 do Código Civil, “o valor de cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

Na hipótese visa-se a liberação da hipoteca, que incide sobre o imóvel na sua totalidade, a acessão e a cota de terreno.

A hipoteca impossibilita ou dificulta extremamente a negociação do imóvel, tornando-o praticamente indisponível. O limite da multa há de corresponder ao valor do imóvel na época da execução.”

Destaco, primeiramente, que a Turma, em duas oportunidades, decidindo os REsp's nºs 8.930-SP e 35.515-0-RJ, de minha relatoria, embora envolvendo o tema sobre limites à fixação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer, em verdade não os enfrentou diretamente.

Na primeira, por cuidar-se de recurso interposto contra acórdão proferido em Ação Rescisória cujo fundamento era violação de literal disposição de lei; na segunda, por envolver matéria de fatos e provas dos autos, bem como, a

exegese que se fez, com base nos termos e regras da convenção de consórcio, resultando, ambos não conhecidos.

Todavia, ao decidir-se o REsp nº 8.065-SP, relator o Sr. Ministro Cláudio Santos a matéria obteve unânime desate entendendo-se que a lei processual civil editada em 1973 não estabeleceu qualquer limitação à fixação de pena pecuniária em casos tais.

Transcevo do Acórdão citado do voto condutor no que interessa, os seguintes trechos:

“Não há na legislação do processo civil limite para a fixação de preceito cominatório.”

A doutrina do direito processual pertinente à codificação de 1973, por alguns de seus expoentes, é harmônica no sentido de que o art. 644 do CPC, “referindo **expressis verbis** à multa progressiva (“pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento”), abstém-se de estabelecer limite de valor “e isso significa” exclusão de tal limite; à semelhança do que dá nas *astreintes* do direito francês, fonte inspiradora do legislador nacional, o montante exigível pode ultrapassar o valor da obrigação: nisto precisamente se revela a índole coercitiva, e não de *ressarcimento*, que tem a imposição” (**Barbosa Moreira**, “Tutela Especi-

fica do Credor nas obrigações negativas”, in “Temas de Dir. Processual” segunda série, Saraiva, 1980, n. 10, pág. 40) (cfr., t.b. **Pontes de Miranda**, “Comentários ao Cód. de Proc. Civil”, T. X., Forense, 1976, pág. 156; **Alcides Mendonça Lima**, “Comentários ao Cód. de Proc. Civil, Forense, v. VI, t. II, 2ª ed., 1977, pág. 846; **Amílcar de Castro**, “Comentários ao Cód. de Proc. Civil”, RT, v. VIII, 1974, pág. 189; **José Frederico Marques**, “Manual de Dir. Proc. Civil”, v. IV, 1976, Saraiva, pág. 134; **Vicente Greco Filho**, “Dir. Proc. Civil Brasileiro”, 3º vol., Saraiva, 1985, n. 115, pág. 69; **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, “Cód. Proc. Civil”, Forense, 1ª ed., 1979, nota, pág. 152).

Acentua-se essa ausência de limitação porque na vigência do Código de 1939, às claras, o art. 1.005 dispunha não poder a cominação pecuniária exceder o valor da prestação.

Em boa hora, a lei em vigor desvinculou o preceito cominatório do valor da obrigação ou da prestação, porque não se cuida de pena civil, mas de pena judicial, que diz com a efetividade do processo e com a compulsividade da ordem do juiz. O preceito cominatório não tem caráter compensatório; tanto que não exclui perdas e danos. É pena que tem a ver com a coercitividade do provimento judicial.

Daí não se poder pensar na aplicação analógica do art. 920 do Código Civil, porque o espírito da lei, naquela disposição, é diverso da inteligência do art. 644 do CPC. Aquele visa coibir o abuso nas convenções particulares que podem proporcionar benefícios extraordinários ao credor ou mais dó que os danos resultantes no inadimplemento da obrigação pelo obrigado. Este, como já afirmei, é uma cominação que visa obrigar o cumprimento da decisão judicial. Onde não há a mesma razão inaplicável é a mesma disposição.”

Esse Acórdão, trazido como paradigma pelo recorrente para demonstrar a divergência, foi sumariada pela ementa seguinte:

“Preceito cominatório. Limitação. Inexistência.

A lei processual civil de 1973 não estabeleceu limites à fixação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer.

Impossibilidade de aplicação analógica do art. 920 do Código Civil porque aquele dispositivo visa coibir abusos nas penas convencionais enquanto que a cominação judicial objetiva garantir a efetividade do processo.

Recurso especial não conhecido.”

Ora, no caso versante, o aresto limitou a multa imposta ao valor do imóvel na época da execução, certo que a ação tem por objeto liberar o bem — apartamento — de gravame hipotecário que o onera em sua totalidade, a acessão e a cota do terreno.

Evidente pois que assim decidido discrepou o acórdão do paradigma violando os dispositivos legais apontados.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento para excluir do **decisum** o limite imposto à pena pecuniária.”

Para este Acórdão escreveu-se a seguinte ementa:

“*Ementa*: Processual Civil — Preceito cominatório — Limitação — Inexistência.

I — A lei processual civil de 1973 não estabeleceu limites à fixação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer. Impossibilidade de aplicação analógica do art. 920 do Código Civil porque aquele dispositivo visa coibir abusos nas penas convencionais enquanto que a cominação judicial objetiva garantir a efetividade do processo.

II — Recurso especial conhecido o provido.”

Com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator Eduardo Ribeiro cuja erudição, diligência, competência e cultura jurídica não me furto de mais

uma vez proclamar e do qual só de raro em raro ousou divergir, vejo em tal cláusula caráter exclusivamente cominatório, por dizer, expressamente multa por “decêndio ou fração de atraso.”

Destaque-se por outro lado que o acórdão recorrido não estabeleceu a distinção que no estudo deste voto para desenvolvimento do raciocínio fiz sobre o caráter da cláusula, se compensatória ou cominatória.

Nos autos teve-se sempre como cominatória, instaurando-se a discussão tão-só quanto à ilimitação da multa agrilhoando-a o acórdão recorrido, diferentemente da sentença, ao art. 920 do Código Civil.

Sobre existir o dissídio não há dúvidas.

Assim, e forte nos lineamentos expendidos, reiterando vênia ao Sr. Ministro-Relator, peço-lhe licença para conhecer do recurso, dar-lhe provimento para reformar parcialmente o Acórdão na forma requerida às fls. 6.180/6.181, mantendo fidelidade aos precedentes da Turma.

É como voto.

VOTO VISTA

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Pedi vista dos autos diante da divergência entre os votos dos eminentes Ministros Eduardo Ribeiro, Relator, e Waldemar Zveiter.

A ação foi ajuizada pelos recorrentes mutuários da COHAB/SC, para obter indenização em virtude

de danos verificados nos imóveis que adquiriram. O pedido foi julgado procedente, mas o Tribunal de origem proveu, em parte, o recurso de apelação “para limitar a multa convencional ao valor da obrigação de proceder aos reparos, como apuração na perícia, dando-se igualmente provimento parcial ao recurso do IRB — Instituto de Resseguros do Brasil, limitando-se os juros a 6% a. a., negando-se provimento ao apelo dos autores”.

O Senhor Ministro-Relator, Eduardo Ribeiro, considerou que a multa tem caráter moratório, “cujo objetivo é induzir o devedor ao cumprimento pontual da obrigação ao mesmo tempo em que traduz prefixação do valor das perdas e danos que pudessem ser devidas pelo atraso”. Com isso, fez incidir a regra do art. 920 do Código Civil. Para o Relator, a restrição aplica-se com maior razão “do que quando se trate de multa compensatória”, que, como sabido, substitui a indenização, o que não ocorre na multa moratória diante da qual o credor poderá “exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”.

Já o Senhor Ministro Waldemar Zveiter considerou que a cláusula contratual “tem por função precípua garantir o cumprimento do que pactuou-se na cláusula 16ª antecedente, eminentemente cominatória porque a multa decendial e progressiva nela estabelecida, não visa substituir a obrigação principal, nem compensar perdas e danos resultantes da demora no cumprimento.

Traz em seu conteúdo efeito coercitivo pela progressividade estipulada, mas se afeiçoando ao que dispõe o art. 644 do CPC na edição de 1973 e mesmo após a alteração imposta pela Lei 8.953/94”.

O dissídio existe e foi reconhecido em ambos os votos.

O limite do art. 920 do Código Civil nasceu já combatido pela argumentação de **Clóvis Beviláqua**, considerando que “mais perturba do que tutela os legítimos interesses individuais”. Mas, o fato é que a regra jurídica está presente no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o que se impõe é examinar o alcance de sua incidência. Para tanto é necessário examinar o caso concreto.

Tanto o Ministro-Relator quanto o Ministro Waldemar Zveiter consignaram que a multa não era compensatória.

Na verdade, neste caso, trata-se, especificamente, de um meio coercitivo para o cumprimento da obrigação de realizar a ré os reparos como apurado em perícia. Todavia, ainda assim, deve-se indagar: mesmo sendo meio coercitivo para o cumprimento da obrigação perde a característica de cláusula penal subordinada, expressamente, aos termos do art. 920 do Código Civil? Ou ainda, a cláusula penal moratória tem natureza diversa da multa cominatória imposta na execução, ao abrigo do art. 644 do Código de Processo Civil? Ou, finalmente, a regra de direito material tem o mesmo alcance da regra de direito processual?

Dúvida não tenho sobre o alcance da regra do art. 644 do Código de Processo Civil que comanda a fixação de multa por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida. Essa regra, na verdade, está casada com a disciplina dos artigos 287 e 461 do mesmo Código. E em nenhuma delas há referência a uma eventual limitação da multa ao patamar da obrigação principal. É regra jurídica própria da execução do título judicial.

Cuidando da matéria, **José Carlos Barbosa Moreira** enfrenta as chamadas sanções patrimoniais, destacando que em “mecanismo processual bem construído, devem elas, para mostrar-se praticamente eficazes, observar dois requisitos: a) não ficar o valor respectivo sujeito a limite prefixado, que coincida com o da obrigação; b) aplicar-se desde logo, uma vez descumprida a ordem de abstenção”. E, no que concerte ao primeiro ponto, escreve, **verbis**:

“No tocante ao primeiro ponto, Código de Processo Civil de 1973, no art. 644, referindo-se **expressis verbis** à multa progressiva (“pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento”), abstém-se de estabelecer limite de valor. A doutrina interpreta o silêncio do texto como exclusão de tal limite: à semelhança do que se dá nas *astreintes* do direito francês, fonte inspiradora do legislador nacional, o montante exigível pode ultrapassar o valor da obrigação: nisso precisamente se revela a índole coercitiva, e não de ressarcimento, que tem a imposição. É

válido o asserto, naturalmente, inclusive para a hipótese de cominar-se multa fixa — possibilidade que não se há de afastar, até porque de outra será impróprio cogitar quando se trate de obrigação negativa com prestação instantânea.”

Ainda na redação anterior a da Lei nº 8.953/94, **Alcides de Mendonça Lima**, considerou que a medida prevista no art. 644 é cominatória, e não expiatória, sendo sua finalidade fazer o devedor cumprir a obrigação e não substituir a própria prestação devida, e esclareceu:

“Enquanto as perdas e danos são fixadas em valor exato e são, assim, definitivas, as *astreintes* não têm limite e assumem caráter provisório, isto é, cessam no momento em que o devedor se resolve a cumprir a obrigação: fazendo o que lhe cumpre fazer ou não fazendo o que vinha fazendo, deixando o direito do credor em um outro caso. As *astreintes* podem ultrapassar o valor da obrigação, enquanto as perdas e danos não podem superá-lo.” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Rio, Vol. VI, 5ª ed., 1987, pág. 738)

Dessas lições não discrepa **Amílcar de Castro, verbis**:

“Pelo art. 1.005 do Código anterior, a cominação pecuniária não podia exceder ao valor da prestação, mas o novo Código, acompanhando o direito francês e o di-

reito alemão, não marca limite ao valor da *astreinte*: a soma cobrada é suscetível de aumento indefinido.” (Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais, 1974, pág. 189)

Os ensinamentos da doutrina foram incorporados pelos precedentes indicados no voto do eminente Ministro Waldemar Zveiter, REsp nº 43.389/RJ e REsp nº 8.065/SP, o primeiro da relatoria do Senhor Ministro Waldemar Zveiter e o segundo da relatoria do Senhor Ministro Cláudio Santos, com as ementas assim redigidas:

“Processual Civil — Preceito cominatório — Limitação — Inexistência.

I — A lei processual civil de 1973 não estabeleceu limites à fixação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer. Impossibilidade de aplicação analógica do art. 920 do Código Civil porque aquele dispositivo visa coibir abusos nas penas convencionais enquanto que a cominação judicial objetiva garantir a efetividade do processo.

II — Recurso especial conhecido e provido.” (REsp nº 43.389/RJ, DJ de 25.04.94).

“Preceito cominatório. Limite — Inexistência.

A lei processual civil de 1973 não estabeleceu limites à fixação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer.

Impossibilidade de aplicação analógica do art. 920 do Código de Processo Civil porque aquele dispositivo visa coibir abusos nas penas convencionais enquanto que a cominação judicial objetiva garantir a efetividade do processo.

Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 8.065/SP, DJ de 23.09.91)

Assim, não resta nenhuma dúvida sobre a ausência de limite para a multa cominatória prevista no art. 644 do Código de Processo Civil.

Ocorre que o art. 920 do Código Civil não foi revogado pela redação do Código de Processo de 1973, ainda que o anterior estipulasse a limitação, como antes anotado. Se assim é, qual o alcance do art. 920?

Os precedentes revelados pelo voto do Senhor Ministro Waldemar Zveiter, mostram, nas ementas, não ser possível a “aplicação analógica do art. 920 do Código Civil porque aquele dispositivo visa coibir abusos nas penas convencionais enquanto que a cominação judicial objetiva garantir a efetividade do processo”.

Neste caso, a multa moratória está prevista no contrato, Cláusula 16ª, 16.2, configurando uma cláusula penal. E na sentença, retificada nos declaratórios, a seguradora foi condenada ao pagamento da multa “contratualmente fixada em 2% sobre o valor do principal estabelecido nos orçamentos já mencionados, relativos a cada uma das moradias, por fração ou decêndio em atraso, a contar de 30 dias após os avisos de sinistro”.

Ora, a meu sentir, a disposição do art. 644 do Código de Processo Civil alcança a execução daquilo que foi determinado no título judicial para “garantir a efetividade do processo”, e não na aplicação da multa moratória convencionada pelas partes contratantes, no âmbito da cláusula penal prevista no Código Civil. Em um caso, o juiz pura e simplesmente determina o cumprimento da avença, mandando incidir, diante da comprovação da mora, a cláusula penal convencionada. Neste caso, o valor da multa está condicionado ao teto do art. 920 do Código Civil, tanto que a incidência se faz desde aquele momento em que previsto o pagamento no contrato. No outro, a multa é a cominatória, cabível na execução em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial. E, neste caso, a multa não está subordinada ao art. 920 do Código Civil, devendo ser paga até que a obrigação seja cumprida.

Na minha avaliação, este é o sentido do precedente de que foi Relator o Senhor Ministro Cláudio Santos. De fato, naquele julgado, tratava-se de uma ação de nunciação de obra nova, julgada procedente, sendo a ré condenada a efetuar modificação no sistema de drenagem da obra, com cominação de multa diária para o retardo do início das alterações. O voto condutor do Senhor Ministro Cláudio Santos considerou, exatamente, essa perspectiva ao assinalar:

“Acentua-se essa ausência de limitação porque na vigência do Código de 1939, às claras, o art. 1.005 dispunha não poder a cominação pecuniária exceder o valor da prestação.

Em boa hora, a lei em vigor desvinculou o preceito cominatório do valor da obrigação ou da prestação, porque não se cuida de pena civil, mas de pena judicial, que diz com a efetividade do processo e com a compulsividade da ordem do juiz. O preceito cominatório não tem caráter compensatório; tanto que não exclui perdas e danos. É pena que tem a ver com a coercitividade do provimento judicial.

Daí não se poder pensar na aplicação analógica do art. 920 do Código Civil, porque o espírito da lei, naquela disposição, é diverso da inteligência do art. 644 do CPC. Aquele visa coibir o abuso nas convenções particulares que podem proporcionar benefícios extraordinários ao credor ou mais do que os danos resultantes no inadimplemento da obrigação pelo obrigado. Este, como já afirmei, é uma cominação que visa obrigar o cumprimento da decisão judicial. Onde não há a mesma razão inaplicável é a mesma disposição.”

De igual modo, no outro precedente, cuidava-se de ação cominatória tendo por objeto “liberar o bem — apartamento — de gravame hipotecário que o onera em sua totalidade a acessão e a cota do terreno”

como está escrito no relatório. Isso quer dizer que a multa aplicada foi em execução de obrigação de fazer, não desafiando o julgado recorrido a aplicação de cláusula penal.

Ora, tenho como claro que existe uma diferença nítida entre a cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer. E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas de cada qual. Se o juiz condena a parte-ré ao pagamento de multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a limitação contida no art. 920 do Código Civil. Se, ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial, para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o art. 644, com o que não há teto para o valor da cominação.

Não me parece, por outro lado, possível o entendimento de que a convenção das partes possa suplan-

tar a regra do art. 920 do Código Civil. A limitação do art. 920 é, a meu ver, cogente, não podendo haver convenção que ponha ao alvêdrio dos contratantes estabelecer multa moratória maior do que o valor da obrigação principal. Como assevera **Clóvis Beviláqua** “cabe ao juiz, perante o qual correr o pleito, reduzir a pena ao valor da obrigação, independentemente de solicitação da parte interessada. É uma disposição de ordem pública” (op. e loc. cit.).

Com essas razões, pedindo vênias ao eminente Ministro Waldemar Zveiter, por quem tenho tão grande admiração e respeito, eu acompanho o voto do Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Senhores Ministros, peço respeitosa vênias ao Sr. Ministro Waldemar Zveiter para acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator, já agora acompanhado pelo voto do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por entender que a natureza contratual da sanção induz a aplicação do art. 920 do Código Civil.

RECURSO ESPECIAL Nº 136.116 — RJ

(Registro nº 97.0041029-3)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrentes: *Noemia Alves Barreto e outros, e Turismo Transmil Ltda.*

Recorridos: *Os mesmos e Nacional Companhia de Seguros*

Advogados: *Drs. Carlos Roberto de Oliveira e outro, Eduardo Vicentini e outros, e Paulo Roberto Canettiari e outros*

EMENTA: Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. 1. Honorários de advogado. Caso em que devem ser calculados sobre prestações vencidas e uma anuidade das vincendas. 2. Matéria de prova, a respeito da culpa do preposto (Súmula 7). 3. Inocorrência de ofensa ao art. 459, parágrafo único, do Cód. de Pr. Civil. 4. Segundo o acórdão recorrido, “o pensionamento deve ser prestado aos filhos até atingirem 25 anos de idade, e não tendo em conta a sobrevida provável da vítima”. Inexistência de dissídio jurisprudencial. 5. Recurso especial dos autores não conhecido; recurso especial da ré conhecido em parte e assim provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial da ré e, nesta parte, dar-lhe provimento e não conhecer do recurso dos autores. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Costa Leite. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Menezes Direito.

Brasília, 24 de novembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

Publicado no DJ de 25-02-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação ajuizada por

Noemia Alves Barreto, na oportunidade também representando seus filhos menores. Pediu indenização, alegando que

“... no dia 16 de setembro de 1992, por volta das 16:30 horas, na estrada Marechal Alencastro, na altura do número 5.631, em Anchieta, nesta cidade, o veículo de propriedade de Kadett Empreiteira Ltda., dirigido pelo companheiro da primeira demandante, foi colhido pelo ônibus placas FI-6462, dirigido por Dilson da Silva, preposto da Ré, que ficou ferida. Da colisão resultou morto Francisco Freitas Pereira.

O acidente foi ocasionado pela excessiva velocidade em que circulava o ônibus.

O carro da firma, um Chevette, ano 1974, ficou destruído.

A vítima fatal, Francisco Freitas Pereira, contava 40 anos à época do acidente e auferia, mensalmente, cerca de Cr\$ 12.792.167,00.”

O pedido foi acolhido em parte pela sentença de fls. 271/4, **verbis**:

“... a pagar aos autores Charlene Barreto Freitas Pereira e Maikon Barreto Freitas pensões vencidas e vincendas no valor correspondente a 2/3 (dois terços) dos ganhos da vítima, estimados em 12 (doze salários mínimos mensais), devendo constituir capital para tanto (art. 602, CPC), pensionamento este devido pela sobrevida provável do morto (25 anos), bem como a pagar a cada um deles a quantia referente a 100 (cem) salários mínimos à guisa de dano moral. Condeno-a, ainda, a pagar a Noemia Alves Barreto a quantia correspondente a 100 (cem) salários mínimos, a título de dano moral, bem como na parcela de sepultamento (f. 35).

Condeno, mais, a ré a pagar à firma Kadett Empreiteira Ltda. o valor equivalente a um novo veículo, das mesmas características do que foi danificado totalmente no acidente.

Finalmente, condeno a denunciada Nacional Companhia de Seguros a pagar à denunciante indenização devida, a título de seguro, nos limites atualizados da apólice, sem os encargos da sucumbência.

Face à sucumbência, a ré pagará as despesas do processo e honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre as prestações vencidas e uma anuidade das vincendas.”

Apelaram a Nacional (seguros) e a Turismo, e o Tribunal de Alçada deu parcial provimento à apelação da Turismo, conclusivamente:

“... em acolher a preliminar de extinção do processo em relação à autora apelada, a firma Kadett Empreiteira Ltda., rejeitadas as demais, e no mérito, em dar parcial provimento à 2ª apelação para determinar que os ganhos da vítima sejam apurados em liquidação por arbitramento, sobre eles incidindo a pensão de dois terços para ser dividida entre os dois filhos, até a idade de 25 anos, a verba honorária reduzida a 10% sobre o valor que vier a ser apurado, bem como sobre as verbas fixas, condenando a denunciada a pagar à denunciante a verba honorária de 10%, sobre o montante que a mesma pagar, bem como as custas relativas à denúncia. Nega-se provimento à 1ª apelação.”

O acórdão de fl. 369 rejeitou os embargos de declaração apresentados pela Turismo.

Foram interpostos dois recursos especiais: pela ré, alegando “violação aos artigos 20, parágrafos 5º, 128; 131; 276; 283; 334, inciso II; 364; 372, **caput**, parte final; 405, 458, inciso II; 535, inciso II e 585, inciso III, todos do Código de Processo Civil, ainda, artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei 6.899/81, aduzindo, nesse passo, dissídio pretoriano”; pelas autoras, alegando “violação aos artigos 459, § único; 602, inciso II do

Código de Processo Civil e 1.539 do Código Civil, além de dissídio pretoriano”.

Admitiu-se o recurso da ré, quanto ao tema dos honorários advocatícios, e se admitiu também o recurso das autoras, isto porque “quanto ao alegado dissenso interpretativo, entendo prosperar o inconformismo dos recorrentes, tendo em vista ter colacionado ao fundo da sua peça recursal, arestos que traduzem com fidelidade a divergência das teses esposadas, fazendo mister a abertura da instância excepcional”.

A Subprocuradoria Geral da República emitiu parecer “para que seja conhecido e mereça provimento parcial o recurso da demandada, cassando o julgamento proferido nos embargos de declaração, a fim de que o Tribunal a **quo** profira nova decisão”.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Improcede a alegação da Turismo de que foram ofendidos os arts. 458-II e 535-II do Cód. de Pr. Civil. O acórdão da apelação prescindia de esclarecimentos, porquanto a questão limitava-se a saber da culpa, sendo atualmente estranha à solução do caso a questão relativa ao termo inicial da correção do contrato de seguro, da qual nem cuidou a sentença. A propósito da culpa, ficou assentado em ambos os graus ordinários que o “ônibus veio na contramão, ultrapassando

outros veículos que estavam parados para entrarem na ponte, tendo então ocorrido a colisão”. Matéria toda de prova, cujo reexame não cabe na instância especial: “A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial” (Súmula 7).

Procede, no entanto, a alegação relativa aos honorários advocatícios. Bem anotou o despacho de origem: “em relação aos honorários advocatícios, artigo 20, parágrafo 5º do Código de Processo Civil, colacionou a recorrente acórdão divergente da decisão hostilizada, às fls. 381, que traduz com fidelidade o conflito das teses esposadas, fazendo-se mister a abertura da instância excepcional”. Mais a mais, à míngua de apelação dos autores, não poderia o Tribunal determinar que os honorários incidam “sobre o valor da condenação, incidindo sobre o que vier a ser apurado em liquidação e sobre as verbas fixas de dano moral e de sepultamento”.

Passo ao recurso dos autores. Dizem eles que o acórdão afrontou o parágrafo único do art. 459, segundo o qual “Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.” Decidiu-se aqui da seguinte forma:

“Contudo, tem razão quando se insurge contra o arbitramento da pensão em 2/3 de doze salários mínimos, que o ilustre julgador presumiu ser a retirada da vítima, na firma de que era um dos sócios.

Esta presunção não está lastreada em qualquer indício. Não

há nos autos a mínima prova dos ganhos da vítima, tanto assim que o juiz se limitou a dizer: ‘penso que, dada a situação de pessoa dedicada a pequenas obras e reformas de prédios (encarregado de obras), perceberia, mensalmente, no máximo doze salários mínimos. Não mais.’ (fls. 273).

Ora, não é admissível, **data venia**, essa forma de arbitramento. Poderia ter requisitado as declarações de renda da vítima, ou determinado uma perícia contábil nos livros da firma, para apurar quanto ela recebia mensalmente. Por tais razões, é de se determinar que seja feita a liquidação, sendo de bom alvitre lembrar que, de qualquer forma, o valor que vier a ser apurado não poderá ser superior ao fixado na sentença, ou seja, 2/3 de 12 salários mínimos, pois que somente a ré apelou e não pode ser prejudicada com o seu recurso. Mas pode ser encontrado valor inferior, ou ser mantido. Tudo dependerá da liquidação.”

Está correto o acórdão. Consultei a petição inicial, e pude verificar que ela não é clara, tanto que o que se pediu foram lucros cessantes, da seguinte forma “o **quantum** correspondente à multiplicação do tempo estimável de sobrevida do companheiro da Suplicante (25 anos ou 300 meses) pelos efetivos rendimentos que percebia à época do evento, a frente da empresa da qual era titular, juntamente com aquela, o que, com base no que anterior-

mente se expôs, importa no valor, sem qualquer acréscimo de correção monetária, em Cr\$ 3.837.650.100,00...”. Não vejo aqui ofensa ao aludido parágrafo único.

A respeito do outro tema, o que se quer é a “duração do pensionamento pelo tempo de sobrevida de Francisco Freitas Pereira, vítima e pai dos recorrentes”. Mas aqui a jurisprudência da 3ª Turma coincide com a do acórdão estadual, **verbis**: “Responsabilidade civil. Pensão devida a filho menor, em caso de morte do pai (dano material). Termo final. Finda aos vinte e cinco (25) anos de idade do beneficiário, segundo o voto do Relator (vencido), e aos vinte e quatro (24) anos de idade, segundo o voto da maioria, a obrigação de pensionar. Presume-se que em tal idade terá ele completado a sua formação escolar, inclusive universitária. 2º recurso especial conhecido pelo dissídio e provido em parte. 2. Intervenção do Ministério Público como fiscal da lei. Arguição de nulidade, que não foi acolhida. Súmulas 282 e 356/STF, e Súmula 7/STJ. 1º recurso especial não conhecido” (REsp-94.538, Sr. Ministro Nilson Naves, DJ de 04.08.97). Além disso, divergência não existe com os padrões indicados, que não versaram especificamente sobre o tema dos presentes autos.

Em conclusão, conheço em parte do recurso especial de Turismo Transmil Ltda. e, nessa parte, dou-lhe provimento, para restabelecer a sentença quanto aos honorários advocatícios, e não conheço do recurso especial de Noemia Alves Barreto e outros.

RECURSO ESPECIAL Nº 148.257 — SP

(Registro nº 97.0065049-9)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Companhia Financiadora Mappin São Paulo Crédito
Financiamento e Investimento*

Recorrido: *Francisco Correia Braga*

Advogados: *Drs. Samuel Prado de Mello e outros, e Ricardo Bresser
Kulikoff*

EMENTA: Alienação fiduciária. Prisão civil do devedor. Infra e constitucionalmente, é legítima a prisão do devedor, que não faz a entrega do bem alienado fiduciariamente. Precedentes do STJ: RMS-3.623 e REsp-98.007. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Menezes Direito e Costa Leite.

Brasília, 24 de novembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro COSTA LEITE, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

Publicado no DJ de 09-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Discute-se em ação de busca

e apreensão de bem dado em garantia mediante alienação fiduciária a possibilidade de sua conversão em ação de depósito, com a imposição de prisão civil. A sentença concluiu assim: “Isto posto, julgo procedente a presente ação de depósito que Cia. Financiadora Mappin São Paulo — C. F. I. promove contra Francisco Correia Braga. Em conseqüência, determino seja o réu intimado para, em 24:00 horas, apresentar o bem ou o equivalente em dinheiro, sob pena de prisão. Condeno-o, ainda, nas custas e nos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da ação.”

À apelação do devedor, o acórdão deu parcial provimento, para que a ação prosseguisse como execução (Cód. de Pr. Civil, art. 906), dispondo desta forma quanto à prisão:

“A equiparação do simples devedor ao depositário fiduciante,

via de consequência, é ilegal e deve ser banida do nosso direito pátrio, principalmente depois da volta ao Estado de Direito. Não mais se pode, assim, conceber cobrança sob ameaça de prisão, fundado no inconcebível artifício da alienação fiduciária prevista no art. 4º do Decreto-Lei 911/69.”

.....

“Essa, como se vê, a conclusão mais consentânea, decorrente de acurado exame dos princípios fundamentais do Direito Civil e Comercial, sendo que este último deve se filiar aos costumes, inclusive. Por conseguinte, a exemplo das demais legislações, notório que essa abominável prisão civil, acenada como verdadeira coação para que o devedor venha a pagar débito garantido com bens que já lhe pertencem, não se coaduna com a figura típica do depositário infiel.”

Daí o recurso especial, que foi admitido pelo despacho de fls. 138/139, **verbis**:

“Recurso especial interposto contra v. acórdão da Egrégia Décima Câmara (fs. 74-84), no qual se alega negativa de vigência ao art. 4º, do Decreto-Lei nº 911/69, bem como dissídio jurisprudencial com o julgado in RTJ 116/564.

O recurso prospera.

Com efeito, em que pese o posicionamento adotado pela Colenda Câmara, mister se faz reconhecer a pertinência do asseverado nas razões recursais, no sen-

tido de ser emitida a conversão do pedido de busca e apreensão nos mesmos autos, em ação de depósito, para a hipótese do bem alienado fiduciariamente não ser encontrado ou não se achar na posse do devedor.

Por outro lado, restou demonstrado o dissenso interpretativo, pois a posição adotada, **in casu**, é diametralmente oposta à do paradigma arrolado como divergente.

De fato, em hipótese semelhante decidiu-se pela legitimidade da conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito e pela possibilidade de decretação de prisão civil em alienação fiduciária.

Aconselhável, assim, o reexame da matéria.”

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Alega a credora que a decisão recorrida,

“... não obstante entenda que o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal não esteja a impedir a prisão civil do depositário infiel, por outro lado entende que o depositário, decorrente de contrato de alienação fiduciária em garantia, não pode ser visto, como depositário do contrato típico previsto no art. 1.282 e seguintes do Código Civil.

1.1) — Neste passo entende o acórdão, embasado no princípio da tipicidade do contrato de depósito previsto no Código Civil, que o art. 4º do Dec.-Lei nº 911/69, por mera ficção equipare o devedor fiduciante a depositário, sujeito a prisão civil: quando descumpra a obrigação de entregar o bem.

1.2) — Neste diapasão nega vigência ao art. 4º do Dec.-Lei nº 911/69, entendendo inadmissível a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, negando, assim, vigência ao referido art. 4º, fato que admite o presente recurso, amparado na letra **a**, inciso III, art. 105 da C.F.

2) — Por outro lado, o acórdão recorrido, em matéria idêntica, diverge frontalmente...”

Cabe-lhe razão.

Entre as notas de **Theotônio Negrão** ao aludido art. 4º, veja-se essa:

“Art. 4º: 9. O Pleno do STF, em sessão de 23.11.95, decidiu que é constitucional a prisão do devedor alienante, se não entregar o bem alienado fiduciariamente (HC 72.131-RJ, rel. para o ac. Min. Moreira Alves; votaram vencidos os Mins. Marco Aurélio, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence; DJU 4.12.95, pág. 42.035, 1ª col., notícia de julgamento).

Neste sentido: RTJ 116/564; STF-RT 568/201; RSTJ 48/456;

STJ-4ª Turma, REsp 54.618-4-RS, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 13.2.95, deram provimento, maioria, DJU 4.9.95, pág. 27.835, 2ª col., em.; STJ-5ª Turma, RHC 4.545-SP, rel. Min. Assis Toledo, j. 7.8.95, negaram provimento, v.u., DJU 11.9.95, pág. 28.839, 2ª col., em.; RT 708/121, 712/168, 715/188, Lex-JTA 146/173, maioria, 148/139, maioria, 148/140, 149/197, maioria, Bol. AASP 1.810/363.

Contra, não admitindo a prisão: STJ-6ª Turma, HC 4.319-9-GO, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 8.5.95, concederam a ordem, v.u., DJU 21.8.95, pág. 25.408, 1ª col., em.; RT 695/192, Lex-JTA 145/87, bem fundamentado, 145/92, 146/169, maioria, 148/143, 149/27, JTAERGS 92/69, 92/250, 92/351.

Há também decisões entendendo que não é cabível a prisão do devedor fiduciário em caso algum (STJ-6ª Turma, HC 2.155-0-SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 22.3.94, concederam a ordem, maioria, DJU 17.10.94, pág. 27.916, 1ª col., em.; RT 665/107, maioria, Lex-JTA 146/169, maioria; TARS-RT 695/192; RTAERGS 92/351) e, especialmente, nas hipóteses:...”

Que não há ilegalidade na prisão do devedor, caso não entregue ao credor o bem alienado fiduciariamente, também já é da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

“— Alienação fiduciária. Depositário infiel. Prisão civil. Possibilidade. Posição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Recurso conhecido mas desprovido.

Na linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, intérprete maior do texto constitucional, e sem embargos da força dos argumentos em contrário, a prisão do depositário infiel na alienação fiduciária não vulnera a legislação federal infraconstitucio-

nal.” (RMS-3.623, Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 29.10.96).

“— Alienação fiduciária. Prisão civil do devedor. Infra e constitucionalmente, é legítima a prisão do devedor, que não faz a entrega do bem alienado fiduciariamente. Precedente do STJ: RMS-3.623. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp-98.007, Sr. Ministro Nilson Naves, DJ de 09.06.97).

Conheço do recurso especial e lhedou provimento, para restabelecer a sentença de fls. 46/47.