

JURISPRUDÊNCIA DA QUARTA TURMA

RECURSO ESPECIAL Nº 10.523 — PR
(Registro nº 91.0008164-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Onildo Chaves de Córdova*

Recorrido: *Oswaldo Cecílio Miranda*

Advogados: *Drs. Hugo Mósca e outros, e Ali de Assis*

Sustentação Oral: *Dr. Hugo Mósca, pelo recorrente*

EMENTA: *Processual Civil. Intimação validamente efetuada pelo órgão oficial e, posteriormente, pelo correio. Termo inicial do prazo.*

Sendo regularmente efetuada a intimação pelo órgão oficial, dessa é que o prazo recursal começa a correr, de nada importando se uma outra foi feita, posteriormente, pelo correio.

Recurso parcialmente conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Ausente, justificada-

mente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

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

Ministro BARROS MONTEIRO,
Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 06-04-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: O recorrente, Onildo Chaves de Córdova, emitiu dois che-

ques ao portador sendo que um, que é o de que tratam os autos, foi endossado por Alaor Almeida Villela para o ora recorrido, Osvaldo Cecílio Miranda, que promoveu contra o recorrente uma ação de execução, por este embargada. O outro cheque foi apreendido.

Nos embargos, alegou que o cheque fora dado em pagamento de uma cartela vencedora de um bingo mas que, posteriormente, por ter sido constatada a sua falsificação, ficara impossibilitado de receber o prêmio, o que o levou a efetuar, junto ao banco, contra-ordem referentemente aos mencionados cheques.

Os embargos foram acolhidos em primeiro grau e rejeitados na apelação, conforme dá conta a seguinte ementa:

“1. Recurso — Tempestividade — Prazo que, na espécie, se inicia a partir da intimação através de carta com A.R. — Aplicação do artigo 508 do Código de Processo Civil. Intempestividade do recurso afastada.

Não obstante conste, na publicação da sentença no Diário da Justiça o nome do advogado do apelante, válida e eficaz, para fins de contagem de prazo, na espécie, é a intimação posterior, feita através de carta com A.R., visto que, no curso do processo, todas as outras intimações, àquela procurador judicial, só foram levadas a efeito através de carta com A.R.

2. Embargos do devedor — Cheque — Endossatário — Boa-

fé — Presunção não elidida — Ônus da prova — Inteligência dos artigos 22 da Convenção de Genebra sobre o cheque e 25 da Lei 7.357/85. Recurso provido.

Ao endossatário de boa-fé de cheque formalmente perfeito, não pode o emitente opor exceções pessoais para elidir a execução. A boa-fé do endossatário é presumida e, para que fique elidida esta presunção, não bastam meras alegações, sendo necessária prova cabal e inequívoca para desconstituir o título.” (fls. 126/127).

Daí o recurso especial em exame com base nas letras **a** e **c** do permissor constitucional por sugerida divergência com os julgados que indica e por alegada violação, preliminarmente, aos arts. 125, I, 236, 237, **caput**, e 240 do Código de Processo Civil porque a apelação seria intempestiva, uma vez que o prazo para interpô-la teve o termo inicial quando da publicação da sentença no órgão oficial, enquanto que o r. aresto recorrido considerou como sendo a partir da intimação pelo correio.

Quanto ao mérito, indica vulneração aos arts. 92 e 94 do Código Civil e 25 da Lei nº 7.357/85, à consideração de que “se o negócio que deu origem ao cheque foi fraudulento, cujo fato não é contestado, não poderia o v. acordo concluir pela validade do cheque” (fls. 150).

Sem resposta, o recurso foi admitido na origem.

Recebi o processo, por atribuição, em 1º de fevereiro de 1996, e remeti-o para pauta no dia 17 de novembro do ano seguinte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Examinado inicialmente o recurso especial quanto ao tema referente à alegada intempestividade da apelação que, na visão do recorrente, teria, como termo inicial do prazo para interpô-la, a publicação da sentença no órgão oficial, e não a posterior intimação pelo correio, como considerou o r. aresto recorrido, pelos seguintes fundamentos:

“Conforme se verifica do conteúdo na certidão de fls. 94, a sentença foi publicada no Diário da Justiça do Estado do Paraná no dia 04 de dezembro de 1989 e, conforme o estatuído no acórdão n. 5.540, do Conselho da Magistratura, o prazo para recurso se iniciou dia 11 de dezembro de 1989. Conferindo-se o exemplar do aludido ‘periódico’, de publicação oficial (nº 3.048, pág. 198, n. 21) constata-se que foram intimados, da decisão, os advogados José Cid Campelo Filho (do apelado) e Ali de Assis (do apelante). Entretanto, também às fls. 94 dos autos está certificado que, em 14 de dezembro de 1989 foi expedida carta de intimação, com A.R. ao procurador judicial do recorrente, Dr. Ali de Assis. A

juntada do A.R. ocorreu em 09 de janeiro de 1990 (fls. 98), o que evidencia ter o vencido contado o prazo de quinze (15) dias — artigo 508 do Código de Processo Civil — levando em conta a intimação por carta, e não pelo órgão oficial.

Em princípio, pode ser considerada como eficaz e suficiente a intimação feita através do Diário de Justiça. A jurisprudência tem se orientado no sentido de que ‘nas comarcas onde haja órgão encarregado da publicação dos atos oficiais, as intimações se fazem através dos mesmos, pouco importando residam os advogados em outras comarcas ou em outros Estados’. (fls. 129/130).

Mesmo assim, deu por tempestivo o recurso porque:

“a) — do despacho que recebeu os embargos, o advogado do apelante (Dr. Ali de Assis) foi intimado unicamente através de carta com A.R. (fls. 45/48), frisando-se que tal despacho não foi publicado no Diário de Justiça; b) — quando o Dr. Juiz determinou a especificação de provas, apenas o advogado do recorrido foi intimado através da publicação no órgão oficial (Diário da Justiça do Estado do Paraná nº 2.894, de 30/3/89, pág. 50, nº 32), pois o patrono do apelante foi novamente intimado através de carta com A.R. (fls. 53/54); c) — o mesmo ocorreu quando da intimação do decisório (na publicação de nº 24, da pág. 52, do Diário da Jus-

tiça nº 2.936, de 01/06/89 só consta o nome do Dr. José Cid Campelo, advogado do apelado, visto que a intimação do procurador judicial do apelante foi por carta — fls. 60/61). Considerando-se isto tudo, é de se concluir que, mesmo tendo constado o nome do Dr. Ali de Assis quando da publicação da sentença no órgão oficial, tal aspecto é irrelevante para se considerar como eficaz a intimação, pois todas as anteriores haviam sido feitas através de carta com A.R.” (fls. 130/131).

Tenho para mim, contudo, que o eg. Tribunal **a quo** não se houve dessa vez com o seu costumeiro acerto.

Dispõem os arts. 236, 237 e 240, do Código de Processo Civil, **verbis**:

“Art. 236. No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial.”

“Art. 237. Nas demais comarcas aplicar-se-á o disposto no artigo antecedente, se houver órgão de publicação dos atos oficiais; não o havendo, competirá ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes:

I — pessoalmente, tendo domicílio na sede do juízo;

II — por carta registrada, com aviso de recebimento, quando domiciliado fora do juízo.

“Art. 240. Salvo disposição em contrário, os prazos para as par-

tes, para a Fazenda Pública e para o Ministério Público contar-se-ão da intimação.

Verifica-se claramente, desses dispositivos, que o prazo para recorrer, como de curial sabença, contar-se-á da intimação, e nas comarcas em que haja órgão de publicação oficial, como no caso, as intimações consideram-se feitas pela só publicação dos atos no órgão oficial.

Com efeito, o fato de a intimação do ilustre advogado do recorrido, até então, ter sido feita somente pelo correio, deve ser entendido como um privilégio que, sem base legal, lhe vinha sendo concedido, pois que, desde antes de iniciar-se a ação, vigia Resolução do Tribunal local dispendo sobre a intimação pelo órgão oficial.

Se, ademais, o ilustrado advogado do autor foi regularmente intimado pelo órgão oficial, como consigna o r. acórdão hostilizado, a sua posterior nova intimação, pelo correio, foi feita em demasia, não se podendo extrair disso uma conclusão que importe em benefício ao ora recorrido já que a tanto não permitem as regras processuais acima transcritas.

Destarte, acolhido o recurso por essa preliminar de intempestividade da apelação, como está sendo, fica prejudicado o seu exame quanto ao mérito.

Diante de tais pressupostos, conhecimento parcialmente do recurso por ambas as alíneas e lhe dou provimento, cassando o v. aresto recorrido e restabelecendo a r. sentença de primeiro grau.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.998 — PR

(Registro nº 91.0012458-3)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrentes: *Condomínio Edifício Arnaldo Tha*

Advogados: *Drs. Mário Diney Correa Bittencourt e outro*

Recorrido: *Irmãos Tha S/A Construções, Indústria e Comércio*

Advogado: *Dr. José Carlos Busatto*

EMENTA: Prestações de serviços. Duplicatas.

— **A correção monetária e os juros de mora são devidos a partir dos vencimentos das duplicatas emitidas em razão de contrato de prestação de serviço.**

— **Dissídio jurisprudencial não demonstrado.**

— **Recurso especial não conhecido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

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

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

Publicado no DJ de 08-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Irmãos Thá S/A Cons-

truções, Indústria e Comércio propôs ação de cobrança contra o Condomínio Edifício Arnaldo Thá, por descumprimento de obrigação resultante de contrato que ambas firmaram.

A sentença julgou, (fls. 193/198)

“procedente, em parte, o pedido, condenando a ré a pagar à autora a soma de CZ\$ 170.051,97, com acréscimos de correção monetária e de juros de mora a partir da citação, convertendo-se o valor à nova moeda nacional no momento próprio, bem como no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios...”

Ambas as partes apelaram, e a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (fls. 242/249) decidiu

“à unanimidade de votos, em ter por renunciado o agravo retido, negar provimento à apelação da ré e dar provimento, em parte, à apelação da autora apenas para que a correção monetária e os juros de mora fluam do vencimento das duplicatas, ficando no mais confirmada a reputável sentença recorrida.”

A parte vencida manifestou recurso especial com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da C. F., alegando ofensa aos arts. 1.536, § 2º, do Código Civil e 1º, §§ 1º e 2º, da Lei 6.899/81, além de dissídio jurisprudencial (fls. 251/264).

O recurso especial foi admitido nos termos que se acham às fls. 273/274.

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A controvérsia trava-se a respeito do instante da incidência dos juros de mora e da correção monetária. Do art. 1.536, § 2º, do Código Civil não tratou o acórdão recorrido. Ausente, de con-

seguinte, o necessário prequestionamento a seu respeito.

Em se tratando de um contrato de prestação de serviços para a substituição do revestimento da fachada do edifício do recorrido, com emissão de duplicatas, a correção monetária e os juros de mora são devidos a partir dos vencimentos destas, e não, da citação.

Por outro lado, embora reduzido o valor do débito, este não deixou de ser líquido, pois o juiz determinou o **quantum** independente de apuração para a fase de execução no REsp 11.238, ficou consignado que não afeta a liquidez do título a cobrança pelo saldo devedor. Por outro lado, a liquidez do título não desnatura porque o **quantum** deva sofrer uma subtração aritmética de importância também líquida e certa.

Ofensa às disposições da Lei 6.899/81 não na encontro.

Sob outro prisma, digo que os casos trazidos como paradigmas não guardam as mesmas circunstâncias do aresto impugnado.

Posto isso, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 14.820 — MG

(Registro nº 91.0019198-1)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Advogados: *Drs. Jurandir Fernandes de Souza e outros*

Recorridos: *Garibaldi Cunha Melo e outro*

Advogado: *Dr. Arnaldo Silva*

EMENTA: Crédito rural. Anistia. Consignatória.

- **Financiamento inferior a cinco mil Obrigações do Tesouro Nacional.**
- **Justa recusa do credor.**
- **Recurso especial atendido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

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

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

Publicado no DJ de 08-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação de consignação em pagamento promovida por Garibaldi Cunha Melo em face do Banco do Brasil S.A., visando obter o benefício instituído pelo art. 47 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal.

A sentença de fls. 89/90 entende a justa recusa do credor e julga a improcedente a ação.

Do acórdão reformativo do decidido em primeiro grau extraio:

“Ao contrário da decisão, tem-se como preenchidos os pressupostos autorizativos da outorga da benesse.

O empréstimo foi contraído em data de 17/outubro/86 (fls. 07), quando a OTN estava valorizada em 115,13 cruzados e, não em 106,40 cruzados, como reconheceu a sentença.

Lembra **Theotonio Negrão**, na última página de seu Código (nº 1.110, 19ª edição), que a Corregedoria de Justiça de São Paulo recomendou aos Contadores Judiciais daquele Estado que observassem os índices de variação mensal do IPC que serviram de base para o reajustamento do valor da OTN de acordo com o art. 1º do Decreto-Lei 2.290/86, consoante tabela que se publicou, constando que no mês de outubro/86 a OTN estava cotada em 115,13 cruzados.

Como a data do empréstimo é que deve balizar os pressupostos exigidos, conclui-se por simples operação aritmética que o financiamento no valor de Cz\$ 552.558 mil cruzados correspondia a 4.799,42 OTNs, portanto, abaixo do limite

imposto pelo legislador constituinte.

De igual modo, inexistente prova inconcussa do desvio da finalidade do empréstimo.” (fls. 117/118)

Embargos de declaração, opostos pelo credor foram repelidos (fls. 125/128).

Banco do Brasil S/A manifestou recurso especial com fulcro no art. 105, III, a, da Constituição Federal alegando negativa de vigência do art. 1º, do Decreto-Lei nº 2.290/86 (fls. 128/132).

O recurso foi admitido na origem.

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A sentença entendera que à época da contratação do empréstimo (17.10.86) a OTN estava de valor fixado em Cz\$ 106,40 pelo que o empréstimo ultrapassava o limite de 5.000 OTNs. Por seu cabo, o aresto considerou que a OTN à época do contrato era de Cz\$ 115,13, não atingido, portanto, o valor de 5.000 OTN's, razão por que entendia ser a autora da ação consignatária beneficiária da anistia prevista no art. 47 do A.D.C.T.

Assiste a razão ao recorrente.

O contrato de mútuo rural fora celebrado em 17.10.86 (fls. 7 a 8).

O art. 1º do Decreto-Lei nº 2.290, de 21.11.86:

“Art. 1º Os artigos 6º e 12 do Decreto-Lei n. 2.284, de 10 de março de 1986, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º A Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional — ORTN, de que trata a Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964, passa a denominar-se Obrigação do Tesouro Nacional — OTN e a emitida a partir de março de 1986 tem o valor de Cz\$ 106,40 (cento e seis cruzados e quarenta centavos), inalterado até 28 de fevereiro de 1987. A partir de março de 1987, o critério de reajuste da OTN será fixado pelo Conselho Monetário Nacional.” (fls. 133)

O empréstimo, portanto, foi contratado quando a OTN correspondia a Cz\$ 106,40. Por conseguinte, o aresto violou o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.290/86.

Posto isso, conheço do recurso e lhe dou provimento para restaurar a sentença.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.174 — MG

(Registro nº 93.0030196-9)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*

Recorrente: *Sementes Pontal Ltda.*

Recorrido: *Banco Sogeral S/A*

Advogados: *Drs. Rogério Reis de Avelar e outros, e Antônio Carlos Muniz e outros*

EMENTA: *Direito Comercial e Civil. Penhor mercantil. Garantia de mútuo. Tradição simbólica. Bens fungíveis e consumíveis depositados em poder do representante da mutuária. Carência da ação de depósito. Precedentes do Tribunal. Recurso parcialmente acolhido.*

— Admite-se a tradição simbólica para o aperfeiçoamento do contrato de penhor mercantil, apresentando-se incabível, entretanto, em sendo os bens apenhadados fungíveis e consumíveis, a sua exigência por meio da ação de depósito, seja porque aplicáveis em casos tais as regras do mútuo (art. 1.280, CC), seja por existência de incompatibilidade com o dever de custódia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, prosseguindo no julgamento, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, justificadamente, o Ministro Bueno de Souza.

Brasília, 18 de dezembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 27-04-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Ajuizou

a recorrente “ação declaratória de ineficácia de aditivo contratual de penhor mercantil”, julgada conjuntamente com “ação de depósito” proposta pelo banco recorrido contra o sócio e representante da recorrente, que assinou o aditivo como fiel depositário dos bens.

A sentença julgou a autora da declaratória “carecedora da ação, por absoluta impossibilidade jurídica do pedido”, acolhendo, outrossim, o pedido formulado pelo banco na ação de depósito.

Repousaram essas conclusões sobre as assertivas: a) — que agira a autora com “omissão dolosa”, por saber, na ata do contrato, que não existiam os bens dados em garantia, não podendo, por isso, pretender a declaração da ineficácia da sua manifestação de vontade; b) — que o título que originou a ação de depósito se acha perfeito, “revestido de todas as formalidades legais”.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, sendo relator o seu então Juiz José Marrara, negou provimento à apelação da autora da declaratória e ré na ação de depósito, nestes termos:

“Com efeito, o que se colhe da prova documental, existente nos autos, é que a apelante, para garantir o cumprimento de obrigações assumidas num contrato de empréstimo, celebrado entre apelado e apelante, formalizou, na mesma data, deste — 18 de fevereiro de 1987 — um aditivo contratual de penhor mercantil, através do qual ela, apelante, deu em penhor ao apelado 1.500 sacos de feijão, marca Pontal.

Ora, evidenciada a prova que no dia anterior do empréstimo e ao do aditivo contratual, ou seja, em 17 de fevereiro de 1987, a apelante endereçou uma correspondência ao apelado, em que ela declara que os bens, dados em penhor mercantil, se encontravam depositados em sua UBS — Usina de Beneficiamento de Sementes, à BR-365 — Km 730 — Fazenda das Palmeiras, no Município de Monte Alegre de Minas — MG, documento que vem testificar, **ipsis litteris virgulis** que que a apelante, naquela data, possuía os referidos bens apenhados, tanto assim que, já no dia seguinte — 18 de fevereiro de 1987 — firmava ela o aditivo contratual de penhor mercantil dos referidos bens.

Tentou a apelante com fundamento no laudo pericial, susten-

tar a tese de que ela não possuía os referidos bens e que, tendo emitido em branco o contrato e o aditivo contratual, teria o apelado agido de má-fé, preenchendo abusivamente tais documentos.

Inacolhível a tese, **data venia**, porque, se abuso houve no relacionamento jurídico entre as partes, tal abuso partiu da própria apelante, que declarou que possuía os aludidos bens apenhados, através do documento de fls. 18-TA, para, no curso da demanda, de forma dolosa, sustentar que nunca possuiu os referidos bens.

Na verdade, a perícia revelou que, na data do contrato de empréstimo e do aditivo, não se constatou nos documentos contábeis da apelante a existência de tais bens, mas isso em nada lhe beneficia, porque ela afirmou que possuía os bens e, a teor do art. 104, do Código Civil brasileiro, ninguém pode prevalecer-se da sua própria torpeza, para anular ato jurídico perfeito e acabado, como aconteceu na espécie.

.....

Com relação à **actio depositi directa**, melhor não é a sorte da apelante, porque perfeito e acabado o aditivo contratual que solenizou o penhor mercantil, pelo qual se vê que Ronaldo Vilela Marquez é sócio e representante legal da apelante, consoante cláusula oitava da alteração contratual de fls. 11-TA, o qual assinou o aditivo contratual como fiel depositário de bem, objeto do penhor, responsabilizando-se, por-

tanto, pela sua guarda e conservação, até a liquidação da dívida contraída.

Nem se argumente aqui com a obrigatoriedade da transferência da **res**, a propósito da qual duas correntes disputam a primazia em torno da questão”.

Os embargos declaratórios apresentados pela apelante foram rejeitados.

Interpôs a vencida recurso especial fundamentado nas alíneas **a** e **c** do autorizativo constitucional, apontando, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 460, CPC, 1.281 do Código Civil e 281 do Código Comercial.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator): Quanto à invocada divergência jurisprudencial, não logra ser conhecida a irresignação, seja pela falta de demonstração analítica do dissídio, seja pela ausência da indicação de repositórios autorizados, seja pela dessemelhança entre as bases fáticas das espécies cotejadas.

Relativamente à nulidade da sentença pela indigitada afronta ao art. 460, CPC, carece o tema do necessário prequestionamento, vendo-se que dele não cuidou o acórdão recorrido, sendo certo que nem mes-

mo foi ventilada a questão nas razões da apelação.

No que diz, entretanto, com a alegada vulneração do art. 1.281 do Código Civil, merece acolhida o inconformismo, a meu sentir.

Com efeito, essa norma pontifica que depósito voluntário somente se prova por escrito. As instâncias ordinárias positivaram a circunstância de que não houve contrato de depósito, senão termo de aditamento contratual, contendo pacto adjeto de penhor mercantil, com cláusula de tradição ficta, nomeando-se depositário o sócio e representante legal da empresa. Em caso assemelhado, REsp 11.799-SP (DJ 30.11.92), esta Quarta Turma, sendo relator o Ministro Athos Carneiro, adotou o entendimento assim expresso:

“A respeito da possibilidade da tradição simbólica em se cuidando de penhor mercantil, já decidiu afirmativamente esta 4ª Turma no REsp 10.494, relator o em. Min. Barros Monteiro, sob a ementa seguinte:

“Depósito. Bem dado em penhor mercantil. Tradição simbólica.

A entrega simbólica do bem e a circunstância de ser o depositário o dono da coisa depositada não desfiguram o contrato de depósito. Precedentes do STF e do STJ. Recurso especial conhecido e provido”.

No voto do eminente relator foi trazido à colação o precedente do

REsp nº 7.187, relator o em. Min. Sálvio de Figueiredo. Neste último decisório encontra-se transcrito v. aresto da Corte Suprema no RE nº 72.500-SP, relator o saudoso Min. Rodrigues Alckmin, do qual constam as considerações seguintes:

“Proposta a ação e sendo citados, ao invés de proceder à devolução das mercadorias em apreço os agravantes ofereceram contestação à guisa de explicações, sustentando a propósito que o penhor não se constituía porque não ocorreu a efetiva tradição das coisas empenhadas.

Entretanto, não se trata de penhor civil, e sim de penhor mercantil, regulado pelo art. 274 do Código Comercial, que admite a entrega simbólica dos objetos.

Tem-se a respeito a lição de **Pontes de Miranda**, para quem é admissível em matéria comercial a entrega da posse pelo **constituti possessorio** ficando ao devedor a posse própria e imediata (cfr. “Tratado de Direito Privado”, Tomo 20/432).

De igual modo a jurisprudência tem se manifestado, ao decidir que uma vez celebrado o penhor mercantil e nomeado depositário para os bens respectivos, a aceitação do encargo faz presumir a tradição dos objetos dados em garantia e a falta de entrega dos mesmos

caracterizará a infidelidade do depositário, que assim fica sujeito às sanções previstas (RT 391/173).

Acresce observar que nada impedia a celebração no mesmo instrumento de contratos diversos — o penhor, em que é devedora a pessoa jurídica, e o depósito, em que são depositários os próprios agravantes.

Vencido o contrato de penhor, a entrega da coisa faziasse necessária. Ainda que se pudesse discutir todavia a validade do penhor, permaneceriam válidas as obrigações assumidas pelos depositários, não se confundindo, então, as figuras da devedora (pessoa jurídica) e dos sócios”.

Na oportunidade o ilustre Min. Sálvio de Figueiredo aduziu, outrossim, que:

“Na mesma direção, os precedentes paulistas e paranaense trazidos à colação pelo recorrente, coligidos na “Revista dos Tribunais” (375/309, 391/173, 413/195).

No mais, afigurar-se-ia estranho que, sobretudo quando mais e mais se busca facilitar as relações econômico-financeiras na sociedade, o direito viesse a abrigar formalismos excessivos em prol de um fetichismo injustificável. Seria realmente incompreensível que, em face de celebração de mútuo, o credor pignoratício

tivesse que efetivamente receber as coisas móveis para posteriormente entregá-las ao depositário.

Não bastassem tais considerações, haver-se-á de acrescentar aqui o elemento moral da boa-fé, merecedora da proteção legal para que “as partes cumpram aquilo a que, por escrito e livremente, se obrigaram”, boa-fé que, no dizer de **François Gorphe**, é a alma das relações jurídicas, na qual se insere a “consagração do dever moral de não enganar a outrem” (“Le Principe de la Bonne Foi”).

A respeito deste tema, portanto, são de rejeitar as alegações do ora recorrido.

Cumpre, já agora, frisar que no caso do REsp nº 10.494, inicialmente aludido, o bem objeto do penhor mercantil fora uma camioneta “que permaneceu na posse do garantidor por força de contrato de depósito” (do relatório). No caso ora **sub judice**, os bens vendidos pela Cynamid Química do Brasil à firma J. P. Caputo & Cia. Ltda., e por esta apenados em favor da vendedora, ficando como depositários, sob a cláusula constitucional, o sócio-gerente José Paulino Caputo, e outro, foram produtos veterinários, a saber caixas dos produtos Ripercol, Ripercol Sol, Ripercol Sol Oral, Abutor e Agro Im Vet, em diferentes quantidades, como especificado na inicial da ação de depó-

sito (fls. 5). Destinavam-se tais mercadorias à comercialização pela compradora, em seu normal ramo de mercancia, afirmando esta que os produtos, “comprados que foram para serem comercializados e consumidos, não poderiam ser objeto de penhor sem que se frustrasse sua finalidade” (fls. 79).

Bens portanto fungíveis e juridicamente consumíveis, pertencentes à própria firma compradora e adquiridos para serem objeto da normal mercancia da adquirente; a eles se aplicam, pois, **mutatis mutandis**, os princípios alusivos à alienação fiduciária de bens sob tal qualificação.

Ora, esta 4ª Turma, desde pelo menos o REsp nº 2.431, de que fui relator, ac. de 29.06.90, passou a decidir que:

“Os bens fungíveis que constituem mercadoria comerciável de empresa devedora, ou matéria-prima de seus produtos comerciáveis, não podem ser objeto de alienação fiduciária. Infringe à própria natureza do instituto a alienação em garantia de bens fungíveis destinados especificamente à venda imediata pelo devedor, ou destinados necessariamente a servir de insumo ou matéria-prima nos produtos de sua fabricação e comércio, no exercício normal do ramo de mercancia do devedor”.

E nesse sentido sucederam-se vários arestos até que, no julga-

mento do REsp nº 27.211, em sessão de 27 de outubro p.p., superando a divergência com a orientação majoritária na eg. 3ª Turma, a 2ª Seção veio a pacificar a polêmica questão no sentido da impossibilidade de serem alienados fiduciariamente, e portanto de serem objeto de ação de depósito, os bens não apenas fungíveis mas igualmente juridicamente consumíveis (arts. 50 e 51 do CC).

Sob outro aspecto igualmente configura-se incabível a ação de depósito ajuizada pela recorrente. No REsp nº 3.093 (j. em 26.11.90), tratando de caso em que se questionou sobre validade e efeitos de contrato de depósito de bens fungíveis, vinculados a penhor em garantia de mútuo, o relator eminente Min. Eduardo Ribeiro teceu no voto condutor as seguintes considerações:

“Sobre a exata configuração jurídica desse contrato já houve divergência, hoje praticamente superada. Comumente denominado de depósito irregular, alguns juristas sustentaram que se confundia com o empréstimo. Incisivo, nesse sentido, **M. I. Carvalho de Mendonça** (Contratos no Direito Civil Brasileiro — Forense — 4ª ed. — tomo I — pág. 152). **Clóvis** nega a existência de depósito irregular, no sentido do direito romano, e afirma que o “depósito de coisas fungíveis, para serem restituídas outras do mesmo gênero, qualidade e quantidade, é mú-

tuo” (Código Civil Comentado — Francisco Alves — 5ª ed. — vol. V — pág. 20).

Não parece ser essa a melhor doutrina. Mútuo e depósito, ainda de coisas fungíveis, apresentam elementos distintivos. Um visa a atender a conveniência do depositante e tem por finalidade a guarda; o outro, o interesse do mutuário e o objetivo é o uso. Contudo, embora distingam-se substancialmente, o citado artigo do Código Civil determina que as regras desse último regerão o depósito, tratando-se de coisas fungíveis. Este, a meu ver, o ponto relevante. Válido o depósito, é certo, não se lhe aplicam simplesmente as normas relativas aos de bens infungíveis, depósitos regulares.

Uma das disposições que se há de afastar é a que prevê a prisão do depositário infiel. Excepcional que é, inteiramente estranha ao contrato de mútuo, não há de ter-se como abrangendo o pacto em exame, onde ocorre a transferência da propriedade da coisa mutuada. Claro que poderá exigir o depositante a devolução do equivalente ao que foi depositado, como salientou-se nos autos. Não poderá pretender a prisão do depositário para obter o adimplemento da obrigação. Assim, não lhe será dado valer-se da ação de depósito.

Questão muito semelhante à ora em exame foi apreciada

pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 86.257 (RTJ 95/705). O relator originário, Ministro Décio Miranda, observou que o depósito de mercadorias, destinadas à venda, constitui “pura simulação, excogitada para o efeito de proporcionar ao credor a medida coativa da prisão dos administradores da empresa devedora, na falta de pagamento de empréstimo”. Entendeu que se negara vigência aos artigos 1.265 e 1.280 do Código Civil e julgou improcedente a ação de depósito. O ministro Moreira Alves, em voto que terminou por prevalecer, dissentiu do relator, entendendo que o acórdão não violara aqueles dispositivos de lei, ao afirmar que o depósito irregular é depósito. Ressaltou, porém, se discutisse a possibilidade da ação de depósito, o que não teria ocorrido no extraordinário. Os demais ministros que acompanharam salientaram a circunstância de que não havia ameaça de prisão, no caso concreto.

Parece-me não haver óbice ao conhecimento. A inviabilidade da ação ajuizada resulta exatamente da circunstância de o depósito irregular reger-se pelo disposto quanto ao mútuo, como previsto no artigo 1.280. Contrariou-o o julgado recorrido ao tê-la como admissível”.

Esta “inviabilidade da ação proposta” foi afirmada na eg. 3ª

Turma igualmente no REsp nº 11.108, relator o em. Ministro Cláudio Santos, sob a ementa:

“Ação de depósito. Penhor. Coisas fungíveis.

Nos contratos de depósito irregular aplicam-se as regras do mútuo. Nesse caso não cabe a ação de depósito com pedido de prisão do devedor”.

Nesta eg. 4ª Turma, no REsp nº 2.519, o relator em. Min. Sálvio de Figueiredo lançou a ementa seguinte:

“Depósito. Bem fungível. Natureza jurídica. Incidência do art. 1.280, CC. Recurso provido.

Se a coisa fungível não ganhar foros de infungibilidade, pela vontade das partes contratantes, o seu depósito se apresenta juridicamente como irregular, fazendo incidir as regras concernentes ao mútuo, aplicando-se, via de consequência, o disposto no art. 1.280 do Código Civil”.

Ante todo o exposto, embora aceita a possibilidade de constituição do penhor mercantil sob a cláusula **constituti**, não encontro ofensa aos dispositivos de lei apontados como contrariados, e isso pela circunstância de serem os bens, objeto do depósito irregular, não apenas fungíveis como juridicamente consumíveis (CC, art. 51, parte final)”.

Esse aresto restou assim ementado:

“Penhor mercantil. Ação de depósito. Coisas fungíveis e consumíveis, depositadas pela vendedora-credora em poder do sócio-gerente da própria firma compradora. Tradição simbólica.

Tratando-se de coisas não apenas fungíveis como consumíveis, porque destinadas diretamente à alienação pela compradora-depositária no exercício de seu ramo normal de mercancia, aplicam-se ao depósito as regras do mútuo, sendo incabível a ação de depósito”.

A mesma solução foi sufragada em data mais recente, 09.04.96, no julgamento do REsp 86.305-MG (DJ 20.05.96), de que foi relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, cuja ementa recebeu esta redação:

“Ação de depósito. Depósito irregular. Penhor mercantil.

Coisas fungíveis. Aplicação das regras do mútuo.

O depósito de coisas fungíveis, — remédios dados em garantia no penhor mercantil, — é regulado pelas regras do mútuo (art. 1.280 do CC) e não enseja a ação de depósito.

Precedentes do STJ”.

O voto condutor desse acórdão destacou:

“Em que pese aos doutos com opinião diversa, a verdade é que a jurisprudência deste Superior

Tribunal de Justiça firmou-se no sentido preconizado pelos recorrentes. Isto é, no penhor mercantil, onde os obrigados e garantes da dívida ficam com a posse dos bens móveis, — sendo estes fungíveis e consumíveis, pois constituem mercadorias (remédios) destinados à venda, no cumprimento do próprio objetivo da empresa devedora, — o depósito irregular assim constituído regula-se pelas regras do mútuo (artigo 1.280 do Código Civil).

“Depósito. Coisas fungíveis.

O depósito irregular não se confunde com mútuo, tendo cada um finalidades específicas. Aplicam-se-lhe, entretanto, as regras deste, não sendo possível o uso da ação de depósito para obter o cumprimento da obrigação de devolver as coisas depositadas, cuja propriedade transferiu-se ao depositário. O adimplemento da obrigação de devolver o equivalente há de buscar-se em ação ordinária, não se podendo pretender a prisão do depositário.” (REsp nº 3.013-SP, 3ª Turma, rel. em. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 19/08/91)

“Ação de depósito. Penhor mercantil. Coisas fungíveis e consumíveis.

Tratando-se de bens fungíveis e consumíveis, aplicam-se ao depósito as regras do mútuo, pelo que incabível a ação de depósito com pedido de prisão do devedor. Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp nº 15.597-MS, 4ª Turma, rel. em. Min. Barros Monteiro, DJ-10/05/93)

“Ação de depósito. Penhor mercantil. Garantia de mútuo. Bens fungíveis e consumíveis depositados em poder de diretor da empresa mutuária. Tradição simbólica. Precedentes. Recurso provido.

— Em sendo fungíveis e destinados à comercialização os bens dados em garantia, sobre os quais se haja instituído a obrigação de guarda, incabível pretender exigi-los por meio de ação de depósito, seja porque aplicáveis em casos tais as regras do mútuo (art. 1.280, CC), seja por existência de incompatibilidade com o dever de custódia.” (REsp nº 31.490-RJ, 4ª Turma, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ-13/09/93)

No mesmo sentido: REsp 11.108/RS, da eg. 3ª Turma, rel. Min. Cláudio Santos; REsp 48.180/GO, 3ª Turma, rel. Min. Costa Leite; REsp 13.591/MG, 3ª Turma, rel. Min. Nilson Naves; REsp 16.949/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter.

Assim, invocando a fundamentação exposta nesses precedentes, conheço do recurso, pelas duas alíneas e lhe dou provimento para julgar improcedente a ação e inverter os ônus da sucumbência”.

No voto que proferi, como relator do REsp 31.490-6/RJ (DJ 13.09.93), detaquei:

“Daí que, destinados os bens dados em garantia à comercialização pela mutuária, em seu normal ramo de mercancia, não podem por mais essa razão ser objeto de ação de depósito.

Nesse sentido, o entendimento fixado por esta Turma quando do julgamento, do REsp 11.799-SP, relatado pelo Sr. Ministro Athos Carneiro, em que, analisando hipótese análoga, adotado restou o raciocínio que vinha sendo utilizado para afastar a possibilidade de alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis. A ementa bem retrata o conteúdo do decidido:

“Penhor mercantil. Ação de depósito. Coisas fungíveis e consumíveis, depositadas pela vendedora-credora em poder do sócio-gerente da própria firma compradora. Tradição simbólica.

Tratando-se de coisas não apenas fungíveis como consumíveis, porque destinadas diretamente à alienação pela compradora-depositária no exercício de seu ramo normal de mercadoria, aplicam-se ao depósito as regras do mútuo, sendo incabível a ação de depósito.

Recurso especial conhecido pela alínea c, mas desprovido” (DJ de 30.11.92).

Em idêntica diretriz o REsp 15.597-MS, relator o Sr. Ministro Barros Monteiro, assim ementado:

“Ação de depósito. Penhor Mercantil. Coisas fungíveis e consumíveis.

Tratando-se de bens fungíveis e consumíveis, aplicam-se ao depósito as regras do mútuo, pelo que incabível a ação de depósito com pedido de prisão do devedor. Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido”.

Disso resulta haver o acórdão impugnado incorrido em violação no art. 1.280, CC, ao entender como admissível esta ação de depósito em que se postula, inclusive, a cominação de pena de prisão ao recorrente caso não entregues os bens, fungíveis e também consumíveis, oferecidos em garantia da dívida.

Consigno, por derradeiro, que apenas pela alínea a o especial reúne condição de viabilidade, na medida em que, procurando demonstrar a existência de dissenso jurisprudencial, o recorrente não se houve de acordo com as exigências legais.

Em face do exposto, conheço do recurso pela alínea a do permissivo constitucional e ao mesmo dou provimento para julgar o banco recorrido carecedor da ação de depósito, extinguindo o

processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, CPC), invertidos os ônus da sucumbência”.

Com base em tais fundamentos, conheço parcialmente do recurso pela alínea a para, dando-lhe parcial provimento, declarar o banco carecedor da ação de depósito proposta, não logrando, entretanto, acolhimento a declaração de ineficácia do penhor mercantil, haja vista a necessidade de reexame de matéria fática para desconstituir-se o entendimento de que o contrato de penhor restou perfeito e acabado. Sendo ambas as partes sucumbentes, serão as despesas rateadas por igual, arcando cada uma com os honorários do seu patrono.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: O eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira assim relatou o feito:

“Ajuizou a recorrente “ação declaratória de ineficácia de aditivo contratual de penhor mercantil”, julgada conjuntamente com “ação de depósito” proposta pelo banco recorrido contra o sócio e representante da recorrente, que assinou o aditivo como fiel depositário dos bens.

A sentença julgou a autora da declaratória “carecedora da ação, por absoluta impossibilidade jurídica do pedido”, acolhendo, outrossim, o pedido formulado pelo banco na ação de depósito.

Repousaram essas conclusões sobre as assertivas: a) — que agira a autora com “omissão dolosa”, por saber, na ata do contrato, que não existiam os bens dados em garantia, não podendo, por isso, pretender a declaração da ineficácia da sua manifestação de vontade; b) — que o título que originou a ação de depósito se acha perfeito, “revestido de todas as formalidades legais”.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, sendo relator o seu então Juiz José Marrara, negou provimento à apelação da autora da declaratória e ré na ação de depósito, nestes termos:

‘Com efeito, o que se colhe da prova documental, existente nos autos, é que a apelante, para garantir o cumprimento de obrigações assumidas num contrato de empréstimo, celebrado entre apelado e apelante, formalizou, na mesma data, deste — 18 de fevereiro de 1987 — um aditivo contratual de penhor mercantil, através do qual ela, apelante, deu em penhor ao apelado 1.500 sacos de feijão, marca Pontal.

Ora, evidenciada a prova que no dia anterior do empréstimo e ao do aditivo contratual, ou seja, em 17 de fevereiro de 1987, a apelante endereçou uma correspondência ao apelado, em que ela declara que os bens, dados em penhor mercantil, se encontravam depositados em sua UBS

— Usina de Beneficiamento de Sementes, à BR-365 — Km 730 — Fazenda das Palmeiras, no Município de Monte Alegre de Minas — MG, documento que vem testificar, *ipsis litteris virgulisque* que a apelante, naquela data, possuía os referidos bens apenhados, tanto assim que, já no dia seguinte — 18 de fevereiro de 1987 — firmava ela o aditivo contratual de penhor mercantil dos referidos bens.

Tentou a apelante com fundamento no laudo pericial, sustentar a tese de que ela não possuía os referidos bens e que, tendo emitido em branco o contrato e o aditivo contratual, teria o apelado agido de má-fé, preenchendo abusivamente tais documentos.

Inacolhível a tese, **data venia**, porque, se abuso houve no relacionamento jurídico entre as partes, tal abuso partiu da própria apelante, que declarou que possuía os aludidos bens apenhados, através do documento de fls. 18-TA, para, no curso da demanda, de forma dolosa, sustentar que nunca possuiu os referidos bens.

Na verdade, a perícia revelou que, na data do contrato de empréstimo e do aditivo, não se constatou nos documentos contábeis da apelante a existência de tais bens, mas isso em nada lhe beneficia, porque ela afirmou que possuía os bens e, a teor do art. 104, do

Código Civil brasileiro, ninguém pode prevalecer-se da sua própria torpeza, para anular ato jurídico perfeito e acabado, como aconteceu na espécie.

.....
Com relação à **actio depositi directa**, melhor não é a sorte da apelante, porque perfeito e acabado o aditivo contratual que solenizou o penhor mercantil, pelo qual se vê que Ronaldo Vilela Marquez é sócio e representante legal da apelante, consoante cláusula oitava da alteração contratual de fls. 11-TA, o qual assinou o aditivo contratual como fiel depositário de bem, objeto do penhor, responsabilizando-se, portanto, pela sua guarda e conservação, até a liquidação da dívida contraída.

Nem se argumente aqui com a obrigatoriedade da transferência da **res**, a propósito da qual duas correntes disputam a primazia em torno da questão”.

Os embargos declaratórios apresentados pela apelante foram rejeitados.

Interpôs a vencida recurso especial fundamentado nas alíneas **a** e **c** do autorizativo constitucional, apontando, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 460, CPC, 1.281 do Código Civil e 281 do Código Comercial.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

Ao proferir o seu judicioso voto, Sua Excelência consignou:

“Quanto à invocada divergência jurisprudencial, não logra ser conhecida a irresignação, seja pela falta de demonstração analítica do dissídio, seja pela ausência da indicação de repositórios autorizados, seja pela dessemelhança entre as bases fáticas das espécies cotejadas.

Relativamente à nulidade da sentença pela indigitada afronta ao art. 460, CPC, carece o tema do necessário prequestionamento, vendo-se que dele não cuidou o acórdão recorrido, sendo certo que nem mesmo foi ventilada a questão nas razões da apelação.

No que diz, entretanto, com a alegada vulneração do art. 1.281 do Código Civil, merece acolhida o inconformismo”.

E a tal conclusão chegou fundamentalmente por entender que “tratando-se de coisas não apenas fungíveis como consumíveis, porque destinadas diretamente à alienação pela compradora-depositária no exercício de seu ramo normal de mercadoria, aplicam-se ao depósito as regras do mútuo, sendo incabível a ação de depósito”.

Para tanto trouxe à colação vários respeitáveis julgados e concluiu pelo conhecimento parcial “do recurso pela alínea **a** para, dando-lhe

parcial provimento, declarar o banco carecedor da ação de depósito proposta, não logrando, entretanto, acolhimento a declaração de ineficácia do penhor mercantil, haja vista a necessidade de reexame de matéria fática para desconstituir-se o entendimento de que o contrato de penhor restou perfeito e acabado. Sendo ambas as partes sucumbentes, serão as despesas rateadas por igual, arcando cada uma com os honorários do seu patrono”.

No mesmo sentido votou o eminente Ministro Barros Monteiro.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria e verifiquei que, por fundamentação diversa, acompanho o eminente Ministro-Relator.

Para tanto, valho-me do voto que proferi no REsp nº 93.032-RS, por mim relatado, de onde extraio os seguintes trechos:

“2. Aprecio, agora, a divergência apontada e verifico que a questão posta em debate, conquanto tormentosa, já está pacificada nesta Corte no mesmo sentido da r. decisão recorrida.

São expressivos exemplos, dentre muitos outros, os julgados nos REsp's nºs 3.013/SP, 13.970/RS, 11.108/RS, 13.591/MG, 48.180-5/GO, 15.597/MS e 42.011-3/PR, os dois primeiros relatados pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, e os demais, respectivamente, pelos eminentes Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Costa Leite, sendo os dois últimos da relatoria do eminente

Barros Monteiro, e deles extraio a seguinte ementa:

“Ação de depósito. Penhor mercantil. Coisas fungíveis e consumíveis.

Tratando-se de bens fungíveis e consumíveis, aplicam-se ao depósito as regras de mútuo, pelo que incabível a ação de depósito com pedido de prisão do devedor. Precedentes do STJ.

Recurso especial não conhecido.”

3. Devo observar, todavia, que não é porque o art. 1.280 do Código Civil pontifica que o depósito de coisas fungíveis “regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo”, que estou a concluir que o depósito irregular e o mútuo tenham a mesma identidade.

O mestre **Pontes de Miranda** observa em seu “Tratado ...”, que “a regra jurídica, remetendo às regras jurídicas sobre o mútuo, não identifica mútuo e depósito irregular. A finalidade do contrato, no mútuo, é crédito; no depósito irregular, conservação do bem”.

Assim, “dentre as regras jurídicas sobre o mútuo, que o Código Civil diz invocáveis a respeito do depósito irregular, ... somente podem incidir, a propósito do contrato de depósito irregular e dos seus efeitos, o que não se choque com o conceito de depósito. Faltou, evidentemente, ao art. 1.280,

mas subentende-se, o usual ‘no que for aplicável’” (in, “Tratado de Direito Privado”, vol. 42, 4.589 e 4.666).

No mesmo diapasão são as lições de **Teixeira de Freitas, Serpa Lopes, Orlando Gomes, Carvalho de Mendonça e Carvalho Santos**, este a afirmar que “o depósito não deixa de ser depósito pelo fato de se aplicarem as regras concernentes ao mútuo”.

Ora, se depósito irregular e mútuo fossem a mesma coisa, mais lógico teria sido o Código Civil logo afirmar haver entre eles a mesma identidade. Se não o disse, é porque, certamente, não quis igualá-los.

Nem por isso, todavia, tenho que todo depósito enseja a ação pretendida pelo recorrente, pois somente a tenho por cabível quando cogitar-se do chamado depósito clássico, que é aquele cuidado pelos arts. 1.265 e seguintes do Código Civil, em que o depositá-

rio recebe, para guardar, um objeto móvel do depositante, para restituí-lo quando lhe for exigido, não importando que esse objeto móvel importe em coisas fungíveis ou infungíveis.

Nesse tipo de contrato o bem maior a ser preservado é o respeito à confiança e à boa-fé empenhada na guarda de coisa alheia.

Bem diferente da situação ora cogitada, em que o depósito de que se cuida surge como elemento secundário, mero garantidor do mútuo celebrado, não merecendo, por isso, nem a proteção austera decorrente da ameaça de prisão, nem o rito sufocante imposto pelos arts. 901 e seguintes do Código de Processo Civil, daí a impropriedade da ação especial de depósito, pelo que deve ser reconhecida a carência do autor para a demanda proposta”.

Diante de tais pressupostos, acompanho o Senhor Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.282-4 — PA

(Registro nº 93.0030576-0)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Banco do Brasil S.A.*

Recorrida: *Indústria de Produtos Alimentícios da Amazônia Ltda. — IPAL*

Advogados: *Drs. Izaias Batista de Araújo e outros, e Ana Célia Carneiro Bastos e outros*

EMENTA: *Execução. Adiantamento à conta de contrato de câmbio. Cobrança simultânea contra a devedora principal (aparelhada com o instrumento de contrato) e contra o avalista (com base nas notas promissórias dadas em garantia). Duplicidade reconhecida, com a determinação de exclusão das quantias correspondentes aos adiantamentos feitos. Inocorrência de transgressão às normas de lei federal apontadas.*

— Não contraria os arts. 585, VII, e 586 do CPC, e 75, caput, e parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 4.728, de 14.07.65, a decisão que, reconhecendo a duplicidade de cobrança relativa a um mesmo crédito (uma dirigida contra a devedora principal, com base nos instrumentos contratuais; outra endereçada contra o avalista e com arrimo nas notas promissórias dadas em garantia), ordena a exclusão, na primeira das execuções, do valor correspondente aos adiantamentos feitos.

— Posição do Tribunal a quo, que se afina com a diretriz traçada pela Quarta Turma desta Corte, de conformidade com a qual “não pode o credor, de forma concomitante, ajuizar duas execuções distintas (uma contra a devedora principal, aparelhada com o instrumento de contrato, e outra, com base em promissória dada em garantia, contra os avalistas) buscando haver um mesmo crédito” (REsp nº 24.242-RS).

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Ministro BARROS MONTEIRO,
Presidente e Relator.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Publicado no DJ de 15-12-97.

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 18 de novembro de 1997
(data do julgamento).

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Na execução que lhe move o “Banco do Brasil S.A.” com base em adiantamentos à conta de contratos de câmbio, a devedora “Ipal — Indústria de Produtos Alimentícios da Amazônia Ltda.” opôs embargos, alegando duplicidade de cobrança e inexigibilidade dos títulos. Esclareceu que firmou com o banco cinco contratos de câmbio e

que, para garantia de solução do débito, emitiu cinco notas promissórias, de correspondentes valores e vencimentos. Alegando litispendência, sustentou que os contratos em tela se tornaram inexigíveis, porquanto o embargado preferiu executar as notas promissórias.

Na impugnação, a instituição financeira embargada noticiou que a outra execução foi aparelhada contra o avalista.

A MMa. Juíza de Direito, entendendo que o banco embargado está a cobrar duas vezes o adiantamento feito, concluiu que o montante devido na presente execução é o valor da diferença de câmbio, deságio e outros acréscimos, excluído o **quantum** correspondente ao adiantamento. Estabeleceu, outrossim, que do valor da execução dos contratos (Cz\$ 39.694.387,69), deve ser deduzida a quantia relativa aos adiantamentos (Cz\$ 24.221.990,99). Conseqüentemente, julgou procedentes, em parte, os embargos para determinar que do valor da execução não deve constar o importe correspondente ao adiantamento recebido.

Ambas as partes apresentaram embargos declaratórios, o banco aduzindo que o valor referente aos adiantamentos concedidos não totaliza Cz\$ 24.221.990,99 e, sim, Cz\$ 14.591.833,22. Sustentou ele, mais, que, se a cobrança das notas promissórias está sendo feita apenas contra o avalista, não se pode cogitar no caso de duplicidade.

A Magistrada declarou que não houve omissão ou obscuridade na

sentença, mas aduziu que, se tiver havido erro na determinação dos adiantamentos, a importância deve ser corrigida, para o que os autos serão oportunamente encaminhados ao Contador.

O Tribunal de Justiça do Pará rejeitou a preliminar de litispendência e negou provimento aos apelos de ambas as partes. No ponto em que ora interessa, o Eg. Colegiado reputou correta a sentença ao afirmar que o exequente está exigindo valor superior ao devido, eis que o adiantamento estava sendo executado em outra ação movida contra o avalista. Quanto ao montante do adiantamento, roborou o entendimento da Magistrada no sentido de que, em caso de engano, deverá ele ser corrigido através de cálculo pelo Contador do Juízo, “que excluirá a quantia que foi dada como adiantamento, cobrada em outra execução do avalista” (fls. 125). Em suma, o V. Acórdão teve como acertada a inadmissibilidade da cobrança em duplicidade do mesmo crédito.

Os litigantes ofereceram embargos de declaração, o banco credor insistindo na alegação de que inexistente duplicidade de cobrança, sendo certo que qualquer pagamento em um processo repercutirá diretamente sobre o outro. Ambos os declaratórios foram rejeitados.

Ainda inconformado, o “Banco do Brasil S.A.” manifestou o presente recurso especial com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, apontando contrariedade aos arts. 259, **caput**, inc. I, 459, parágrafo único, 461, 463, **caput**, inc. I,

535, incs. I e II, 585, **caput**, inc. VII, e 586, **caput**, todos do CPC; 58 e 59 do Código Civil, e 75, **caput**, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 4.728, de 14.07.65. Sustentou o recorrente que não há cobrança em duplicidade no caso, pois as execuções são distintas, envolvendo títulos executivos extrajudiciais diversos, dirigidas a devedores também diferentes. Insurgiu-se, em conseqüência, contra a exclusão das parcelas referentes aos adiantamentos à conta dos contratos de câmbio (o principal pleiteado). Acentuou que, se o débito fosse solvido pelo avalista na execução sob o nº 2.122/88, tal pagamento teria imediata repercussão nesta execução sob o nº 2.262/88, que prosseguiria pelo remanescente saldo devedor. Disse, mais, que a sentença padeceu de flagrante erro de cálculo, pois os adiantamentos não alcançam o montante mencionado pela Dra. Juíza de Direito. Impugnou, também, a correção do cálculo a ser operada pelo Contador do Juízo, caso se verifique o erro (entrega da prestação jurisdicional de forma condicionada). Afirmou, por derradeiro, que o Tribunal de origem não se pronunciou sobre a negativa de vigência de toda legislação federal invocada no recurso de apelação.

Tocante ao dissídio, trouxe à colação dois arestos, um emanado da Suprema Corte, outro do Tribunal de Justiça de São Paulo, ambos relativos à aventada omissão do julgado recorrido. De outro lado, acerca da incorreção do cálculo, carreu dois paradigmas, do Tribunal de

Justiça do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça do Acre.

Sem as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo em seguida os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Preambularmente, a decisão recorrida nada ventilou acerca dos temas alusivos aos arts. 58/59 do Código Civil, 259, inc. I, 459, parágrafo único, 461 e 463, inc. I, do CPC, pelo que se acha ausente, nesse particular, o requisito do prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356-STF).

Também não pode ser tido como omissivo o V. Acórdão, uma vez que, quando do oferecimento dos embargos aclaratórios, o banco ora recorrente se adstringiu a aventar o tema concernente à duplicidade da cobrança (cfr. fls. 130/131). Improspetável, assim, a assertiva de afronta ao art. 535, incs. I e II, da lei processual civil, bem como a pretendida dissidência pretoriana, nesse passo. De observar-se, neste último aspecto, que o banco recorrente não cuidou de proceder à demonstração analítica da divergência no que tange à letra **c** do autorizativo constitucional, tal como impõe o art. 255, parágrafo 2º, do RISTJ.

De observar-se que também, quanto ao alegado erro de cálculo da sentença, inviável se afigura o aperfeiçoamento da dissonância jurisprudencial.

dencial, seja porque ainda aí olvidados os requisitos previstos no supra aludido art. 255, parágrafo 2º, do RI desta Casa, seja porque os paradigmas colacionados, de qualquer forma, nenhuma semelhança apresentam com o que deixou decidido a Corte paraense.

Tocante à questão primordial versada neste feito, qual seja, a duplicidade de cobrança feita pela instituição financeira em relação à mesma dívida, bem se vê que incorreu a pretendida contrariedade aos preceitos de lei federal argüidos no apelo especial (arts. 585, VII, 586 do CPC e 75, **caput**, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 4.728, de 1965). É que o V. Acórdão não recusou a via executiva ao credor com base nos contratos de câmbio. Apenas, obistou a referida duplicidade de exigência, ordenando a exclusão, neste feito, da quantia correspondente aos adiantamentos, porque cobrada na outra execução promovida contra o avalista.

A par de inexistir no caso transgressão das normas infraconstitucionais indicadas, há mais a anotar que esta Quarta Turma, em aresto de que foi relator o em. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, reformulando orientação anterior, considerou não ser permitido ao credor, de forma concomitante, ajuizar duas execuções distintas (uma contra a devedora principal, com base no instrumento de contrato, outra, com supedâneo em nota promissória dada em garantia, contra os avalistas), buscando haver um mesmo crédito. Refiro-me ao REsp nº 24.242-

RS, em que S. Exa., no seu douto voto, assinalou:

“Inobstante isso, tenho por incabível, diante do que estatui o art. 620, CPC, a propositura de duas execuções distintas, de forma concomitante, tendo por objeto a mesma dívida.

Com efeito, pudesse o credor valer-se de tal expediente, estaria infligindo aos co-devedores maior gravame do que o necessário para a efetiva satisfação do crédito. Assim, no que respeita à constrição judicial de bens, dado que haveria penhora de cerca do dobro dos bens suficientes à garantia do juízo. Em outras palavras: movida apenas uma execução contra avalizada e avalistas (cumulação), basta sejam penhorados bens cujo valor equivalha ao valor do débito exequendo para que todos possam oferecer embargos. Se admitir-se, porém, que duas execuções separadas sejam propostas para cobrança do mesmo crédito, em cada um dos processos terá que haver a penhora de bens suficientes à sua satisfação integral, o que redundará em injustificável duplicidade. Outrossim, vencedor nas duas demandas, o credor acabaria por receber dupla verba honorária sobre o mesmo crédito, que seria a final debitada à mutuária, dada a possibilidade dos garantidores desta reivindicarem o reembolso do que tivessem pago.

De considerar-se, ademais, que a prática levada a efeito pelo re-

corrido (ajuizamento concomitante de duas execuções para haver um mesmo crédito) importa em afronta ao princípio encerrado no aforismo **electa una via non datur regressus ad alteram** (escolhida uma via, não se pode recorrer a outra).

O que deveria o banco credor ter feito, se queria exigir a dívida simultaneamente da devedora principal e dos avalistas, era ter aforado uma única execução aparelhada com ambos os títulos (o instrumento contratual e a promissória dada em garantia), para o que estava autorizado, consoante jurisprudência sumulada desta Corte (Enunciado nº 27). Mesmo não figurando os avalistas da promissória como co-devedores no contrato e mesmo sendo superior o valor exigido com base neste do que o reclamado com base na cambial, poderia e deveria a instituição bancária ter-se valido de uma única via processual”.

É certo que as hipóteses retratadas no presente litígio e no julgamento supra-aludido não são exatamente as mesmas. Todavia, o pre-

cedente deste órgão fracionário está a evidenciar que, ao obstar a duplicidade de cobranças e ao determinar a exclusão das quantias relativas aos adiantamentos feitos, a MMa. Juíza, seguida pelo Tribunal **a quo**, se colocou em conformidade com o sistema e o espírito que norteiam a vigente lei processual civil. Não se pode dizer, portanto, que nesse item tenha o decisório recorrido contrariado a lei federal.

A asserção de que teria havido engano na indicação do montante a ser excluído da presente execução deixou de ter relevância a partir do momento em que a Juíza singular, confortada pela Segunda Instância, relegou a verificação do fato a um oportuno cálculo a ser operado pelo Contador. Consoante já registrado acima, nada cuidou a decisão recorrida acerca da matéria alusiva à entrega da prestação jurisdicional de forma condicionada (Súmula nº 282 da Suprema Corte).

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

Oportunamente, remetam-se os autos ao C. Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 50.830 — PR

(Registro nº 94.0020253-9)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Indústria de Óleos Pacaembu S/A*

Recorridos: *Adair Sílvio Grasel e outros*

Advogados: *Drs. Maurício Monteiro de Barros Vieira, e Maurício Júlio Farah e outros*

EMENTA: Processual Civil. Ação de depósito. Adequação. Contrato de depósito clássico. Depósito irregular. Coisas fungíveis. Dispensabilidade da prova do contrato acompanhando a inicial.

1. Por regra geral do Código de Processo Civil não se dá valor à nulidade, se dela não resultou prejuízo para as partes, pois aceito, sem restrições, o velho princípio: *pas de nulité sans grief*. Por isso, para que se declare a nulidade, é necessário que a parte alegue oportunamente e demonstre o prejuízo que ela lhe causa.

2. É dispensável, para o aforamento da ação de depósito, que a inicial já venha acompanhada com a prova do contrato escrito.

3. O art. 1.280 do Código Civil, ao pontificar que o depósito de coisas fungíveis “regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo”, não leva à conclusão que o depósito irregular e o mútuo tenham a mesma identidade.

“Dentre as regras jurídicas sobre o mútuo, que o Código Civil diz invocáveis a respeito do depósito irregular, ... somente podem incidir, a propósito do contrato de depósito irregular e dos seus efeitos, o que não se choque com o conceito de depósito. Faltou, evidentemente, ao art. 1.280, mas subentende-se, o usual ‘no que for aplicável’” (Pontes de Miranda).

A ação de depósito é adequada para o cumprimento da obrigação de devolver coisas fungíveis, objeto de contrato de depósito clássico, ainda que seja o irregular, e não o propriamente dito.

O depositário infiel, que se obrigou por ter firmado contrato clássico, ainda que de coisas fungíveis, desatrelado do mútuo, está sujeito à prisão civil, nos termos do parágrafo único do art. 904 do Código de Processo Civil, uma vez que o direito positivo brasileiro elegeu o respeito à confiança e à boa-fé empenhada na guarda de coisa alheia (a par da obrigação alimentícia) como valor superior ao próprio valor liberdade.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros

da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não co-

nhecer do recurso. O Sr. Ministro Barros Monteiro acompanhou os votos do Srs. Ministros Relator e Fontes de Alencar. O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar não participou da votação por ausência à sessão de 12.05.97. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 07 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 23-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Os recorridos — setenta agricultores e uma empresa cerealista — promoveram contra a recorrente uma ação de depósito para que esta lhes restituísse hum milhão novecentos e quarenta mil e sessenta e três quilogramas de soja em grão, do tipo comercial ou o seu equivalente em dinheiro, fixado pelo seu valor de mercado através da cotação verificada na Bolsa de Mercadorias, sob pena de prisão.

A ação foi julgada procedente em ambas as instâncias ordinárias para o fim de impor à ré, ora recorrente, a restituição aos autores da mercadoria depositada, com abatimento das quantias que já foram pagas, ou pagar-lhes a importância em dinheiro correspondente à cotação do dia, na Bolsa Oficial, sob pena de

prisão do representante legal da ré, ora recorrente, como depositário infiel, por um ano.

Da r. sentença, lavrada pelo Juiz Miguel Kfourri Neto, extraio os seguintes excertos:

“O ponto nodal da controvérsia cinge-se à caracterização — ou não — do negócio entre Autores e Requerida como *depósito*.

Vejamos, a princípio, os aspectos fáticos da questão, abstraídas, por ora, indagações de cunho doutrinário ou exegético.

Proprietários rurais ou arrendatários colhem o soja (ou qualquer outro cereal) e o “entregam” à Cooperativa, indústria moageira ou ao cerealista — com preço *a fixar*.

Soja tem cotação em Bolsa. O preço é o mesmo. Para decidir com quem negociarão, os agricultores levam em linha de conta algumas vantagens: menor custo de frete, menores “quebras” (descontos por umidade, impurezas, seguro, etc.) e também o fator fidúcia é sopesado (solidez e porte da firma que recebe os grãos).

O ânimo dos produtores não é a venda imediata. Recebem, por óbvio, algum adiantamento — para gastos prementes — que será futuramente descontado.

Os produtores — e o conceito não pode ser outro — *depositam* o produto da safra na Empresa que escolheram, e aguardam o

momento mais propício para — aí sim — autorizar a venda, o “fechamento” da operação.

Usualmente, o agricultor analisa a reação do mercado, aposta no melhor preço, até próximo à data do vencimento da operação de custeio que contrata junto aos Bancos. Aí então, quase sempre premido pelas circunstâncias — juros crescentes e bons preços ausentes — autoriza a venda de tudo, ou quase tudo, para saldar seus compromissos.

Nesse primeiro momento, pois, que não tem termo prefixado, perfectibiliza-se o *depósito*: ainda que a preferência da compra seja dada ao depositário, é inarredável que a venda não houve, pois o *preço* está em aberto, pendente de fixação futura.

E foi justamente nesse interregno que medeou entre o recebimento do soja dos AA. e a esperada ocasião do fechamento, que sobreveio a concordata da Requerida.

Isso não aconteceu só aqui, em Cascavel, ou em Marechal Cândido Rondon. Também em Paranavaí — onde julguei demanda idêntica (e o decisório foi reformado, consoante v. Acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja ementa vem transcrita na réplica dos AA., a fls. 619/620) e noutras localidades, a Pacaembu agiu de idêntico modo: abarrotou seus armazéns e, ao depois, pediu o favor legal.

Antes, seduzira os agricultores com facilidades diversas — e o resultado aqui está.

O inolvidável Ministro Aliomar Baleeiro afirmava que “o processo não pode ser considerado um meio organizado de se desconhecer sistematicamente o que todo mundo sabe”. (fls. 638/639).

.....

“Embora não explorando o ramo de armazenagem, é evidente que a Pacaembu mantinha o soja em seus armazéns, à espera da autorização do produtor para “fechar” o negócio.

O soja — a conclusão é de solar clareza — não pertencia à concordatária. Os Autores ainda eram os legítimos titulares do domínio. Conquanto em cognição sumária inerente às cautelares, entendeu o eminente Desembargador Silva Wolff (in PJ 37/23), como “objetivamente razoável” a caracterização, *in casu*, do depósito — visando ao seqüestro liminarmente concedido, neste Juízo, em que figura como Requerida a Pacaembu.” (fls. 639).

.....

Reproduzindo o que já consignara o eminente Desembargador Oto Sponholz noutra feito, a doura decisão monocrática asseverou:

“É por demais sabida a existência, das mais comuns e corriqueiras, de contratos de depósito entre os produtores de cereais, cafeicultores e as máquinas de

beneficiamento no nosso interior paranaense.

Os produtores agrícolas são nas dependências ou armazéns dos beneficiadores ou donos de máquinas de café, depositados através de simples notas de “romaneio” ou comprovantes de recebimento, às vezes com a expressão *preço a fixar*, como existe, aliás, na documentação de fls. 08 a 23 dos autos.

E assim se perfaz este contrato de depósito, ali permanecendo o produto, sob a guarda e responsabilidade da firma, à espera do momento apropriado para a venda e quando o produtor-depositante quer vendê-lo, exercida a preferência ao depositário, feche-se a transação.

Na hipótese dos autos, quando os autores-apelados entenderam que chegara o momento apropriado para a venda, foram surpreendidos com a notícia de que o fruto de seu trabalho árduo, originado do esforço físico exercido de sol a sol, por meses a fio, fora expropriado pela firma depositária, que o vendera como se seus fossem os produtos depositados, deixando-os a *ver navios*.” (fls. 639/640).

.....

A seguir, arrematou o MM. Juiz sentenciante:

“A vida é muito mais rica que a imaginação dos homens.

Não serão, por certo, fórmulas jurídicas engendradas para rea-

lidades diversas dessas originadas por este nosso mundo em constante mutação, que servirão de rígidas peias coercitivas à Justiça.

A situação ora trazida a julgamento é lá do seu tanto original, decorrente dessas multifárias relações comerciais que os homens vão criando, estendendo às conveniências dos respectivos ramos, esgarçando-se — com freqüência — dogmas e padrões tradicionais.

É obvio que, se pagamento houve — aos AA. — no curso da concordata, dever-se-á abater, elaborado o respectivo cálculo do soja a ser restituído.

Caracterizado o *depósito*, procede o pedido inicial.” (fls. 640/641).

A eg. Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná negou provimento à apelação da ré, valendo destacar as seguintes passagens do voto condutor prolatado pelo eminente Desembargador Oswaldo Espíndola:

“Quanto às demais preliminares de carência de ação, ausência de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido, também não prosperam. O conflito de interesses está patente nos autos. Os autores sustentando o depósito do cereal, feito junto à requerida, e esta, alegando a não ocorrência de dito depósito, mas sim de verdadeira transação de compra e venda entre as partes, restando evidente o in-

teresse de agir dos autores. No que se refere à impossibilidade jurídica do pedido, mais propriamente quanto à prisão civil do representante legal da apelante, deve ser afastada ante a regra do artigo 902, por seu parágrafo 1º combinado com o artigo 904, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que cominam a pena de prisão do responsável em caso de não entrega da coisa depositada. No caso, os artigos indicados não distinguem sobre a fungibilidade ou não da “coisa” depositada, além do que, a controvérsia não gira em torno do contrato de mútuo, mas sim de depósito, onde a pena de prisão civil está prevista, sendo juridicamente possível tal pedido em razão da ação proposta e que foi acolhida.

No mérito, restou evidente, pela documentação acostada aos autos, que houve por parte dos autores-apelados simples depósito do produto (soja) perante a apelante. Conforme salientado na decisão, não ocorreu a compra e venda do produto entre as partes, mas sim um contrato de depósito entre os produtores e a firma apelante.” (fls. 709/710).

Os aclaratórios foram rejeitados.

Daí o recurso especial em exame lançado com base nas letras a e c do permissor constitucional por alegada violação: a) aos arts. 165 e 458 do Código de Processo Civil — porque a v. decisão hostilizada deixou de analisar o pleito referente ao cer-

ceamento de defesa que teria sofrido por não ter sido apreciado o seu pedido de anulação do processo a partir da juntada de documento sobre o qual teria sido privado de se manifestar; b) aos arts. 267, VI, 301, X, 902 a 904 do Código de Processo Civil, por ausência do interesse de agir — porque os recorridos não teriam juntado nenhum contrato de depósito quando ingressaram com a inicial — e pela impossibilidade jurídica do pedido, a esse tópico dando também por violados os arts. 1.256 a 1.264 e 1.280 do Código Civil — porque não seria possível o uso da ação de depósito para o cumprimento da obrigação de devolver coisas fungíveis ou, quando nada, porque o caso não se compadeceria com a pena de prisão.

Quanto ao mérito, postula pela valoração da prova para que se conclua pela existência de contrato de compra e venda e não de depósito, por isso que violados teriam sido os arts. 193 do Código Comercial, 630 e 1.122 do Código Civil e 322 a 443 do Código de Processo Civil.

Devidamente respondido, o recurso foi admitido na origem.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso à consideração de que “o douto Juiz da Primeira Vara Cível da Comarca de Cascavel não deu oportunidade para que as partes se manifestassem sobre documento fornecido pela Cooperativa Agropecuária Cascavel Ltda., ferindo, assim, o princípio do contraditório” (fls. 887).

Recebi o processo de volta da douta Subprocuradoria Geral da República no dia 25 de março do corrente ano de 1997 e indiquei-o para pauta no dia 17 de abril.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): 1. Inicialmente observo que não conheço do recurso pela divergência.

É que os respeitáveis arestos trazidos à colação foram lançados sobre bases fáticas bem distintas da que aqui é cogitada.

No REsp nº 3.013/SP, relatado pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, “questiona-se sobre validade e efeitos de contrato de depósito de bens fungíveis, vinculado a penhor, em garantia de mútuo” (fls. 779/780), matéria de que não trata a espécie.

Nos Embargos de Divergência no REsp nº 19.915-8/MG, da relatoria do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, uniformizou-se, no âmbito da colenda 2ª Seção, “seu entendimento proclamando a inadmissibilidade da alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis comerciáveis” (fls. 784).

Quanto a esse paradigma, além de ter sido apenas transcrita a sua ementa, insuficiente por si só para configurar o dissídio, o tema por ele examinado (alienação fiduciária), é bem distinto do que se ocupou o aresto recorrido.

No acórdão do eg. 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo apreciou-se “ação de depósito, convertida em busca e apreensão, tendo por objeto algumas mercadorias alienadas” (fls. 782), a que não se assemelha o **decisum** em apreciação.

Ora, é consabido ser imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses, o que incorre na espécie.

2. No que tange à sugerida ofensa aos dispositivos legais indicados, começo por apreciar a atinente aos arts. 165 e 458 do Código de Processo Civil, já que teria a recorrente sofrido cerceamento de defesa porquanto lhe teria sido sonogado o ensejo de falar sobre o documento de fls. 633, que deu conta dos preços dos produtos depositados, nos dias em que eles teriam sido parcialmente cedidos, pois que haveria necessidade de se saber o valor no dia de cada cessão, já que seriam diferentes os preços de “balcão” e “disponível”, pois só assim poder-se-ia quantificar o produto remanescente.

Não houve cerceamento de defesa.

A *uma*, porque a recorrente, antes da sentença, requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 631), do que decorre a ilação de que referido documento era, para ela, desnecessário para o deslinde da controvérsia.

A *duas*, porque, efetivamente, esse documento não tem relevância

nenhuma para o destreme da lide, uma vez que se parte do produto depositado foi cedido para outra empresa, é bastante — para se saber do saldo remanescente — efetuar-se mera operação aritmética, abatendo-se as quantidades parcialmente cedidas das inicialmente depositadas, pois as cessões foram expressas em quantidade de soja, sendo absolutamente irrelevante o preço vigente no dia de cada cessão.

Aliás, a sentença fez tal consignação quando pontificou ser “óbvio que, se pagamento houve — aos AA. — no curso da concordata, dever-se-á abater, elaborado o respectivo cálculo, do soja a ser restituído” (fls. 640).

A três, e como decorrência, porque, como visto, a ausência de manifestação da recorrente sobre indicado documento, nenhum prejuízo lhe acarretará.

Ora, o § 1º do art. 249 do Código de Processo Civil pontifica que “o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”.

Com efeito, como leciona **Carvalho dos Santos** (in, “Cód. Proc. Interp.”, Tomo IV, pág. 55, 4ª ed.), “para que se declare a nulidade, é necessário que a parte alegue oportunamente e demonstre o prejuízo que ela lhe deu causa. Pelo menos essa é a regra geral: o Código de Processo Civil não dá valor à nulidade, se dela não resultou prejuízo para as partes. Aceitou, sem restrições o velho princípio: *pas de nulité sans grief*”.

3. Cuido agora de apreciar a pretendida violação aos arts. 267, VI, 301, X, e 902 a 904 do Código de Processo Civil, por ausência do interesse de agir, já que os recorridos não teriam juntado nenhum contrato de depósito quando ingressaram com a inicial.

Alega a recorrente que “o autor é carecedor de ação por ausência de interesse de agir — inexistência do requisito da adequação ... em face da inexistência da prova literal do depósito — que inexoravelmente deve acompanhar a inicial” (fls. 774).

Esta eg. Quarta Turma, conduzida pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, já deu pela desnecessidade de a inicial da ação de depósito ser acompanhada de contrato escrito, conforme verifica-se, no que interessa, do seguinte sumário:

“A lei não exige que a inicial da ação de depósito esteja instruída com a prova do contrato escrito.” (REsp nº 2.579/RS).

Na fundamentação de seu douto voto, Sua Excelência assim consignou:

“Não há tal exigência na lei, chegando a doutrina majoritária, firme na distinção entre documento **ad solenitatem** e documento **ad probationem**, a afirmar que o depósito existente tenha ou não prova escrita. Como doutrina o telentoso **Ernane Fidélis dos Santos**, em seus comentários, pela Forense, invocando

Clóvis, Pontes e Serpa Lopes, 'para sua prova é que se exige o escrito', 'pois o que informa a sua realidade é exclusivamente a entrega da coisa para a guarda', lição da qual, acrescentando-se, não discrepam **Furtado Fabrício, Theotônio Negrão** (citando RT 591/129), **Couto e Silva, Sahiône Fadel e Nelson Hanada**, dentre outros".

Sobre ter sido firmado o contrato cogitado, a r. decisão recorrida assim asseverou:

"No mérito, restou evidente, pela documentação acostada aos autos, que houve por parte dos autores-apelados simples depósito do produto (soja) perante a apelante. Conforme salientado na decisão, não ocorreu a compra e venda do produto entre as partes, mas sim um contrato de depósito entre os produtores e a firma apelante." (fls. 709/710).

Assim, correta a r. decisão ataca-da que deu por existente o interesse de agir.

4. Passo a examinar agora a pretendida violação aos arts. 267, VI, 301, X, e 902 a 904 do Código de Processo Civil, 1.256 a 1.264 e 1.280 do Código Civil, porque não seria possível o uso da ação de depósito para o cumprimento da obrigação de devolver coisas fungíveis, ou, quando nada, porque o caso em análise não se compadeceria com a pena de prisão.

Alega a recorrente que os bens aqui cogitados — hum milhão no-

vecentos e quarenta mil e sessenta e três quilogramas de soja em grão, do tipo comercial — são tidos como coisas fungíveis, cujo depósito é tratado pela doutrina como *depósito irregular* e que, em face do disposto no art. 1.280 do Código Civil, "regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo".

Assim, a ele deveria ser dado o mesmo tratamento dispensado ao contrato de mútuo e, por isso, seria inadequada a ação proposta.

O art. 1.280 do Código Civil, ao pontificar que o depósito de coisas fungíveis "regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo", não leva à conclusão que o depósito irregular e o mútuo tenham a mesma identidade.

O mestre **Pontes de Miranda** observa em seu "Tratado", que "a regra jurídica, remetendo às regras jurídicas sobre o mútuo, não identifica mútuo e depósito irregular. A finalidade do contrato, no mútuo, é crédito; no depósito irregular, conservação do bem".

Assim, "dentre as regras jurídicas sobre o mútuo, que o Código Civil diz invocáveis a respeito do depósito irregular, ... somente podem incidir, a propósito do contrato de depósito irregular e dos seus efeitos, o que não se choque com o conceito de depósito. Faltou, evidentemente, ao art. 1.280, mas subentende-se, o usual 'no que for aplicável'" (in, "Tratado de Direito Privado", vol. 42, 4.589 e 4.666).

No mesmo diapasão, como lembrado pelos recorrentes, as lições de

Teixeira de Freitas, Serpa Lopes, Orlando Gomes, Carvalho de Mendonça e Carvalho Santos, este a afirmar que “o depósito não deixa de ser depósito pelo fato de se aplicarem as regras concernentes ao mútuo”.

Ora, se depósito irregular e mútuo fossem a mesma coisa, mais lógico teria sido o Código Civil logo afirmar haver entre eles a mesma identidade. Se não o disse, é porque, certamente, não quis igualá-los.

Destarte, correta também aqui a v. decisão hostilizada ao ter por adequada a ação de depósito para o cumprimento da obrigação de devolver coisas fungíveis.

5. Ademais, nenhum reparo também está a merecer o r. **decisum** vergastado em estabelecer a pena de prisão do depositário infiel, nos termos do disposto no art. 904 do Código de Processo Civil, para a hipótese de não ser entregue, em vinte e quatro horas, a coisa ou o seu equivalente em dinheiro, uma vez que o direito positivo brasileiro elegeu o respeito à confiança e à boa-fé empenhada na guarda de coisa alheia (a par da obrigação alimentícia) como valor superior ao próprio valor “liberdade”.

6. Devo salientar que a posição aqui adotada não entra em testilha — como apressadamente poder-se-ia supor por uma leitura descuidada das ementas de diversos anteriores julgados — com a jurisprudência pacificada da Colenda Segunda Seção desta Corte.

É que dos diversos precedentes pesquisados, em todos eles a maté-

ria tratada não cuidava do exame do *depósito clássico* (fosse o *depósito propriamente dito*, fosse o *depósito irregular*), senão daqueles depósitos constituídos em garantia de contrato de mútuo, por isso mesmo que figurava, em todos eles, como credora-depositante, uma instituição financeira.

Assim é que nos REsps nºs 3.013/SP, 13.970/RS; 11.108/RS, 13.591/MG, 48.180-5/GO, 15.597/MS e 42.011-3/PR, relatados, os dois primeiros, pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, e os demais, respectivamente, pelos eminentes Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Costa Leite, Barros Monteiro (os dois últimos), dentre muitos outros, em todos eles uma instituição financeira figurava como credora-depositante, e o depósito sempre coexistia com o *mútuo*, por isso que as coisas depositadas sempre eram utilizadas pela depositária em sua própria atividade, em razão do que, a coexistência desses dois institutos, descaracterizava a própria natureza do depósito, que era utilizado como mero instrumento de garantia do credor.

No caso em análise, contudo, as condições fáticas são bem distintas.

Aqui, um único contrato foi firmado, qual seja o de depósito, conforme soberanamente constataram as instâncias ordinárias.

Com efeito, não há, no voto ora proferido, nenhuma discrepância da posição já consolidada da eg. Segunda Seção.

6. Aprecio, finalmente, a pretendida violação aos arts. 193 do Códici-

go Comercial, 630 e 1.122 do Código Civil e 322 a 443 do Código de Processo Civil, onde a recorrente põe em análise a questão referente à valoração da prova, com o objetivo de que se conclua pela existência de contrato de compra e venda e não de depósito.

Neste ponto do recurso não o conheço por falta de prequestionamento uma vez que as normas nelas insertas não mereceram qualquer interpretação por parte do v. acórdão recorrido.

Ademais, a postulação da recorrente sugere a que se reaprecie a prova para se chegar a conclusão distinta da que chegou o r. aresto atacado, o que encontra o intransponível empeco decorrente do Enunciado nº 7 da Súmula/STJ, segundo o qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, em vista de as instâncias ordinárias decidirem soberanamente sobre os fatos da causa.

7. Diante de tais pressupostos, não conheço do recurso.

VOTO VISTA

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, trata-se de recurso com fundamento nas alí-

neas a e c do permissor constitucional, onde se alega violação aos arts. 165, 458, 267-VI, 301-X e 902 a 904 do Código de Processo Civil; 1.256 a 1.264 e 1.280 do Código Civil. Também, segundo alegação do recorrente, teriam sido violados os arts. 193 do Código Comercial; 630 e 1.122 do Código Civil e 322 a 343 do Código de Processo Civil.

O eminente Ministro-Relator não conheceu do recurso. Assim decidiu por não encontrar a divergência jurisprudencial alegada nem as ofensas apontadas e também por falta de prequestionamento em relação a alguns desses dispositivos.

Tratam os autos de depósito irregular, e pretendem os recorrentes sua equípolência ao mútuo face ao disposto no art. 1.280 do Código Civil.

Não divisei, no caso, as ditas ofensas às normas processuais, nem encontrei as alegadas afrontas às normas de direito material. Igualmente, não me deparei com conflito de julgados e, tal como o Sr. Ministro-Relator, sequer verifiquei, em relação a algumas normas materiais, o prequestionamento.

Com estes fundamentos, acompanho por inteiro o voto do Sr. Ministro-Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 61.278 — SP

(Registro nº 95.0008381-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrentes: *Chou Shiu Tsung e outros*

Recorridos: *Chan Beng Fein e outros*

Advogados: *Drs. Marcos Wenceslau Batista e outro, e Edmo João Gela e outros*

EMENTA: *Comercial. Sociedade por quota. Morte de um dos sócios. Herdeiros pretendendo a dissolução parcial. Dissolução total requerida pela maioria social. Continuidade da empresa.*

Se um dos sócios de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada pretende dar-lhe continuidade, como na hipótese, mesmo contra a vontade da maioria, que busca a sua dissolução total, deve-se prestigiar o princípio da preservação da empresa, acolhendo-se o pedido de sua desconstituição apenas parcial, formulado por aquele, pois a sua continuidade ajusta-se ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamento de impostos, em promoção do desenvolvimento das comunidades em que se integra, e em outros benefícios gerais.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

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

Ministro BARROS MONTEIRO,
Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

Publicado no DJ de 06-04-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Os ora recorrentes, viúva e filhos de sócio falecido, acionados pelos demais sócios que pretendiam a dissolução total da sociedade por quebra do **affectedio societatis**, ingressaram, quase que concomitantemente, com uma ação de dissolução parcial e apuração de haveres.

As ações foram julgadas simultaneamente, tendo o ilustre julgador monocrático decidido pela dissolução *parcial* da sociedade, que permaneceria com os herdeiros do sócio falecido, com a exclusão dos demais sócios aos quais assegurou a apuração dos haveres.

A egrégia Décima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu o apelo dos sócios majoritários dando pela dissolução *total* da sociedade haja vista a prevalência da vontade da maioria social.

Daí o recurso especial, afirmando negativa de vigência ao artigo 335, IV, do Código Comercial, e dissídio pretoriano com julgados apresentados apenas pela ementa que teriam determinado a continuação da sociedade no caso de falecimento de sócio.

Os recorridos ofereceram contrarrazões alegando a intempestividade do especial e o acerto do aresto recorrido.

Admitido na origem, o recurso ascendeu a esta Corte, tendo sido recebido no meu gabinete, após vista aos advogados dos recorrentes, no dia 18 de abril do corrente ano, sendo remetido para pauta em 10 de novembro seguinte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): 1. A preliminar de intempestividade foi bem repelida pelo juízo primeiro de ad-

missibilidade nos seguintes termos aqui mantidos:

“Ora, após a publicação do acórdão decorrente do julgamento dos embargos declaratórios, ainda restavam 11 dias para a interposição do recurso em questão. Como essa publicação se deu em mês de férias forenses, o prazo restante iniciou-se em 1º de agosto. O recurso, segundo se vê, foi protocolizado dia 09 de agosto, dentro, portanto, do prazo legal” (fl. 257).

2. Quanto ao mérito, tenho que o eg. Tribunal **a quo** não agiu, desta vez, com o seu costumeiro acerto.

Da premissa de ser consolidado o entendimento de que a maioria social pode promover a exclusão de sócio minoritário, assegurando-lhe o reembolso do que lhe for devido, não se pode extrair, necessariamente, a conclusão de que a maioria social pode também dissolver a sociedade quando bem entender.

É que, naquela hipótese, admite-se a exclusão de um sócio por ter sido atingido o *affectio societatis*, elemento preponderante nas sociedades de pessoas, como é a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, de que cuida o caso em exame, pois é evidente que a *discórdia entre os sócios pode tornar-se causa determinante na inexequibilidade do fim social*.

Com efeito, o entendimento de que a maioria social pode, em situações excepcionais, excluir um sócio desajustado dos demais, repou-

sa muito mais, senão totalmente, no princípio da preservação da empresa, reclamado pelo interesse coletivo, na medida em que a sua continuidade importa na geração de empregos, no pagamento de impostos, na promoção do desenvolvimento das comunidades em que se integra, e em outros benefícios gerais.

Nesse contexto, e na linha da doutrina e da jurisprudência mais modernas, deve-se ter como regra que, para se ter pela preservação da empresa, é bastante que um dos seus sócios queira dar-lhe continui-

dade, evidentemente que garantida aos sócios retirantes a percepção de seus haveres, na forma pactuada no contrato social, e, no caso, tal como fixado na sentença, sobretudo quando se verifica, como nos autos, a existência de cláusula contratual no sentido de que, em caso de falecimento de um sócio, a sociedade continuará normalmente com os seus herdeiros.

Diante de tais pressupostos, conhecimento do recurso e lhe dou provimento, para restaurar a sentença monocrática.

RECURSO ESPECIAL Nº 122.025 — PE

(Registro nº 97.0015365-7)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Jada Administração Empreendimentos e Participações Ltda.*

Recorrida: *Exótica Calçados Ltda.*

Advogados: *Drs. Paulo Henrique Magalhães Barros e Roberto Borba Gomes de Melo*

EMENTA: *Citação. Ato realizado num sábado. Validade.*

Para a realização de atos processuais externos, o sábado é considerado dia útil.

Apenas é tido como dia não-útil para efeito de contagem de prazo, uma vez que nele, normalmente, não há expediente forense.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigrá-

ficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 13 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 15-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: O MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Recife, nos autos da ação de consignação em pagamento proposta por “Exótica Calçados Ltda.” contra “Jada Administração Empreendimentos e Participações Ltda.”, acolheu pedido da ré, declarando inválida a citação realizada num sábado.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco deu provimento ao agravo da autora. Eis a ementa do acórdão:

“— Processo civil — Citação — Efetivação aos sábados — Validade.

— O Código de Processo (art. 173, § 2º), por exclusão, autoriza a citação aos sábados, não relacionado entre os dias feriados ou ‘não úteis’. Na ausência de dispositivo legal que declare os sábados dias feriados, são eles tidos para efeitos processuais como dias úteis, comportando citação, penhora e outros atos processuais.

— Agravo provido. Decisão unânime” (fls. 69).

Rejeitados os embargos declaratórios, a agravada interpôs o presente recurso especial com arrimo na alínea a do permissor constitucional, alegando violação dos arts. 172, 173, 247 e 535 do CPC. De início, asseverou que o Tribunal de origem, mesmo após provocado em embargos de declaração, não reconheceu a intempestividade do preparo do agravo de instrumento, devidamente certificada nos autos. Por outro lado, alegando que sábado não é dia útil para efeitos processuais, que inexistia direito na iminência de perecer e que não houve autorização judicial para a realização do ato, defendeu a nulidade da citação. De todo modo, afirmou que o ato é inválido, pois o oficial de justiça, diante da recusa de seu representante legal em apor o ciente no mandado, não mencionou na certidão os nomes das testemunhas presentes no ato.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Não há falar-se, por primeiro, em contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil.

Instado a pronunciar-se sobre a certidão de fls. 66, alusiva à intempestividade do preparo, o Colegia-

do **a quo** decidiu expressa e exaustivamente sobre o tema nos declaratórios opostos, terminando por concluir haver sido oportuno o recolhimento das custas (fls. 85/86).

Inocorreu, assim, a alegada omissão a respeito.

2. O ponto nodal da controvérsia diz com a validade do ato citatório operado num sábado.

Bem ao reverso do que sustenta a recorrente, o sábado é tido como dia útil para a realização de atos processuais externos, consoante, aliás, se pode inferir do disposto no art. 172, parágrafo 2º, do CPC, por exclusão.

É preciso atentar-se para a circunstância de que, para efeito de contagem de prazo, o sábado realmente é de ser reputado como dia não útil, uma vez que nesse dia não há expediente forense. Leia-se a advertência que a propósito fazem **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria Andrade Nery**: “Dias úteis. São os dias em que há expediente normal no foro. Dos dias da semana, somente o domingo é considerado feriado forense (CPC, 175), isto é, dia não útil. Sábado não é feriado, de sorte que nele podem ser praticados atos processuais. Para efeito de contagem de prazo, entretanto, o sábado é considerado dia não útil, porque nele, normalmente, não há expediente forense (CPC, 184 § 2º e 240, par. ún.)” (“Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante

em vigor”, 3ª ed., revista e ampliada).

Nessa mesma linha o escólio trazido pelo Prof. e Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, para quem “o sábado é considerado dia útil para a realização de atos processuais externos (citações, intimações, penhoras etc.). Onde, entretanto, não houver expediente forense nesse dia, não se iniciam nem terminam prazos, até porque em tais circunstâncias o protocolo não funciona” (“Código de Processo Civil Anotado”, 6ª ed., 1996).

Válida, portanto, a citação feita à recorrente no sábado; apenas para contagem de prazo é que o ato se considera feito no primeiro dia útil subsequente, na forma da ressalva destacada no magistério acima referido de **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria Andrade Nery**, que encontra indiscutível arrimo legal no art. 240, parágrafo único, do CPC.

3. Finalmente, vale observar que a decisão recorrida nada cogitou acerca da irregularidade havida na citação da recorrente, por não declinados pelo meirinho os nomes das testemunhas que teriam assistido ao ato. Ausente, nesse particular, o requisito do prequestionamento, em consonância com o que reza a Súmula nº 282 do Sumo Pretório.

4. Inocorrente a pretensa ofensa à lei federal no caso, não conhecido do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 123.205 — ES

(Registro nº 97.0017538-3)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Eliana Carneiro Sant'Ana Junqueira*

Recorrida: *Lojas Americanas S/A*

Advogados: *Sandra Ribeiro Ventorim, e Aroldo Limonge e outros*

EMENTA: Dano moral. Indenização.

O artigo 1.547, parágrafo único do CCivil, embora não seja indicativo de valor certo nem de teto para a estimação da indenização do dano moral, serve de parâmetro, juntamente com outras disposições legais, para o arbitramento judicial.

Recurso conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

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

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

Publicado no DJ de 16-02-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Eliane Carneiro Sant'Ana Junqueira propôs ação ordinária de reparação por danos morais contra as Lojas Americanas S/A, filial com sede no Shopping Vitória, alegando que se dirigiu a um departamento da ré, fazendo várias compras; ao passar pelo caixa, o alarme soou e, em consequência, os seguros da ré submeteram-na a vexame e humilhação.

A sentença julgou parcialmente procedente a ação, deferindo a indenização de R\$ 2.000,00, daí apelação da autora, alegando nulidade da sentença e pedindo a elevação do **quantum**. A eg. 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo rejeitou a preliminar e, no mérito, negou provimento ao recurso, em acórdão assim fundamentado:

“1. Não se conhece da preliminar que se confunde com o mérito recursal. **In casu**, a mesma apenas revelou o inconformismo em relação ao valor indenizatório fixado pelo juiz.

2. Caracterizada a ocorrência do dano moral, deve o julgador assegurar a devida reparação. E, para a fixação do **quantum** não deve apenas basear-se na condição econômica da ré, sob pena de proporcionar à autora verdadeiro enriquecimento sem causa.

Correta, **in casu**, a condenação no montante de dois mil reais, até porque inexistente a prova de que o valor pedido correspondia à lesão suportada.” (fl. 88)

Rejeitados os embargos de declaração, a autora ingressou com recurso especial pela alínea **a**, alegando afronta aos artigos 128 e 460 do CPC, 1.547 do CC. Sustenta: a) — ao reconhecer o dano moral indenizável, fixando o **quantum** indenizatório no mesmo valor do julgado monocrático, o eg. Tribunal, efetivamente, deu provimento, em parte, ao recurso, pois modificou a sentença de primeiro grau quanto ao cabimento do pedido de indenização por dano moral direto, porém, não acolheu, na totalidade, o pedido de reforma da autora/recorrente, porque arbitrou **quantum** indenizatório em valor diverso do que o pleiteado pela recorrente na inicial e reiterado no recurso de apelação, ofendendo, com isso, a regra do art. 128 do CPC; b) — a pretensão da autora jamais poderia configurar o

enriquecimento sem causa, pois causa houve para justificar a indenização: a ofensa à honra cometida por empregado da recorrida, ficando pacífico nos autos a injúria, ilícito inclusive penal, sofrido pela recorrente; c) — a fixação do quanto indenizatório para o dano moral deve seguir a regra do art. 1.547 do CC, que regula a indenização por atentado à honra.

Com as contra-razões, o Tribunal de origem admitiu o recurso especial, subindo os autos a este eg. STJ.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. A dificuldade para a fixação dos parâmetros de indenização do dano moral ou extrapatrimonial decorre da sua subjetividade, desvinculada dos dados objetivos que servem à fixação do valor do dano patrimonial.

Para vencê-la, é preciso ter presente: a) o dano moral estrito senso é em si irreparável, cabendo por isso apenas compensar o ofendido pela ofensa sofrida; b) a definição desse valor será sempre uma estimativa e não uma avaliação, pois inexistente dado objetivo para valorar; c) a finalidade da reparação é predominantemente compensatória, para atender ao interesse do lesado, e secundariamente sancionadora, não propriamente uma sanção repressiva, para punir o ofensor, mas uma sanção com caráter preventivo, para impedir novas ofensas; d) o valor

definido não deverá ser insignificante, a desmerecer o instituto e incentivar o cometimento de infração, nem tão elevado que signifique enriquecimento sem causa; e) para isso, considera-se a totalidade das circunstâncias do fato: as condições do ofensor e do ofendido, no âmbito social, econômico, profissional, familiar, etc., com realce para o aspecto relevante ao caso: a intensidade do dolo ou o grau de culpa (que deveria ser um elemento de aferição do valor da indenização também para o dano material); a gravidade do resultado da ofensa.

2. O critério de cálculo do dano moral tem sido um tormento para o legislador, que já estatuiu para o caso inúmeras regras conflitantes, bastando citar:

I) art. 84 da Lei 4.117/62, do Código Brasileiro de Telecomunicações, depois revogado pelo Dec.-Lei 236, de 28-01-67, assim dispunha:

“Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.”

II) arts. 51 e 52 da Lei 5.250/67, Lei de Imprensa:

“Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por

negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I — a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (artigo 16, números II e IV);

II — a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém;

III — a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV — a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a Lei não admite a exceção da verdade (artigo 49, § 1º).

Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposos de algumas das pessoas referidas no artigo 50.”

III) art. 1.547 do Código Civil:

“Art. 1.547 — A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo mate-

rial, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.”

Além dessas disposições, também têm sido indicados os arts. 1.531, 1.536 e 1.538 do CCivil.

IV) a disposição constitucional do art. 5º, inc. X, ao assegurar o direito à indenização pelo dano moral, não estabeleceu limite.

3. A jurisprudência, diante da insignificância da multa penal, antes da reforma do CPenal de 1984, aplicou reiteradas vezes, por analogia, ora o critério do Código de Telecomunicação, de 5 a 100 salários mínimos, ora o da Lei de Imprensa, cujo máximo é de 200 salários mínimos.

Com a adoção do critério de dias-multa para o cálculo da multa penal, o teto máximo é hoje de 1.800 salários mínimos, podendo esse valor, em certos casos, ser multiplicado por três; portanto, o grau máximo da pena de multa penal é hoje de valor considerável.

Diante disso, tenho que a regra do parágrafo único do art. 1.547 do CC refere-se à reparação do dano moral, que é deferida quando não provado o dano material. Sendo utilizável a regra, ela não é de aplicação automática e obrigatória porque não se pode impor o dobro do máximo da multa penal ($1.800 \text{ sm} \times 3 = 5.400 \text{ sm}$) a todas as injúrias, sob pena de chegarmos a situações absurdas, destoantes da boa razão e da própria finalidade do instituto. De outra parte, e pela mes-

ma razão, não pode tal regra definir irremediavelmente o teto máximo da indenização que algumas vezes poderá extravasar desse limite. Por isso, há de se ter o disposto no parágrafo único do art. 1.547 do CCivil como um parâmetro a orientar o juiz no arbitramento do valor estimativo do **quantum** da condenação, embora não seja indicativo obrigatório de valor certo ou do seu teto.

A questão da revogação dos textos legais pela superveniência da Constituição de 1988 não está posta nos autos, nem o reconhecimento dessa inconstitucionalidade poderia ser reexaminada no âmbito deste recurso especial. Trata-se, portanto, de aplicar a legislação infraconstitucional.

Sendo assim, tenho que o art. 1.547, parágrafo único do CC funciona, juntamente com outras disposições legais, como parâmetro indicativo do valor a ser arbitrado pelo juiz. E serve tanto para o caso da injúria e da calúnia, como para outras situações:

“O fato de o Código Civil, no art. 1.547, só se referir à injúria e à calúnia de modo nenhum exclui o ilícito absoluto no tocante a outras ofensas à honra (e.g., difamação com ou sem propósito de pressão; a afirmação de haver adultério da mulher de amigo, ou de inimigo, ou de superior, ou inferior; proibição injustificada de entrada em clube, cassino, ou boate, ou restaurante; dispensa de empregado ou contraente, co-

mo ator ou cantor, com afirmações falsas, inserção de retrato em anúncio de bebida, ou de gêneros alimentícios, ou de moda; a publicação de entrevista com anúncio de bebida, ou de gêneros alimentícios, ou de moda; a publicação de entrevista com alterações comprometedoras). Anúncios em que se diz que os artigos de outros produtores são antiquados, ou defeituosos, ou inferiores, são atos ofensivos” (Pontes, Tratado..., LIV/63).

Esta eg. 4ª Turma, no REsp 54.869-RJ, da relatoria do em. Min. Sálvio de Figueiredo, já assim decidiu:

“Em verdade a decisão agravada não examinou a espécie, como afirma o agravante, sob o enfoque da ofensa aos arts. 138 e 140, CP. No entanto, a decisão implicitamente negou que houvesse ofensa ao art. 1.547, CC, porque, remetendo esse dispositivo àquelas da lei penal, que não fixam o **quantum** da condenação, estabelecendo tão-somente parâmetros máximo e mínimo, ao final deixa ao abrigo do senso de razoabilidade do magistrado a fixação do valor.

Tenho que tal entendimento não importa em julgamento **contra legem**, mas sim atende melhor ao sistema jurídico vigente, tendo suporte inclusive na ‘lógica do razoável’, autorizada pelo art. 5º da Lei de Introdução.”

4. No caso dos autos, o v. acórdão afastou a aplicação do art. 1.547, parágrafo único do CC, e nesse ponto causou violação à lei federal, pois referido dispositivo legal é aplicável ao caso dos autos, com a interpretação aqui dada.

5. Não há ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC. A sentença deferida em parte o pedido da autora, condenando a ré a pagar à autora indenização pelo dano material sofrido com a injúria recebida. Ante a irresignação da autora, que pretendia o reconhecimento da existência do dano moral e da sua indenizabilidade nos termos propostos, a eg. Câmara manteve a condenação a título de indenização por dano moral. Nem a sentença, nem o acórdão violaram a lei processual. O magistrado fez a aplicação do direito segundo era do seu entendimento, fazendo ouvir a indenização do fato da injúria, e tanto um fato, quanto o pedido indenizatório estavam referidos na inicial. Cabia ao juiz dar a fundamentação jurídica que lhe parecesse adequada ao caso, assim como descritos os fatos.

O v. acórdão admitiu a reparabilidade do dano moral, e sob esse título manteve a condenação, o que poderia fazer, sem implicar alteração do **decism**, daí a improcedência do recurso.

Na verdade, o que a autora pretende é extrair da alteração do fundamento a elevação do valor da indenização. Não tem razão, porém, porque tanto um quanto outro fica ao prudente arbítrio judicial, sendo de considerar que o valor encontrado resultou dessa avaliação.

6. Conheço em parte do recurso pela alínea a, por ofensa ao art. 1.547, parágrafo único, CC, e lhe dou parcial provimento, para elevar a condenação a 100 salários mínimos, considerando a gravidade da ofensa sofrida pela vítima, assim como descrita pelas instâncias ordinárias.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: Acompanho o Sr. Ministro-Relator. Na linha do precedente citado, desta Turma, REsp nº 54.869-SP, tenho por razoável o valor indenizatório encontrado de cem salários mínimos como indenização do dano extrapatrimonial, na circunstância.

RECURSO ESPECIAL Nº 132.903 — SP

(Registro nº 97.0035452-0)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrentes: *Gilbran Campos Salvatico e cônjuge*

Recorrido: *Arcoplano Arquitetura e Construção Ltda.*

Advogados: *Roberto Baptista Dias da Silva e Fabio Plantullo*

EMENTA: *Promessa de compra e venda. Restituição.*

O comprador que deixa de cumprir o contrato alegando insuperabilidade da obrigação tem o direito de promover ação para receber a restituição das importâncias pagas. Aplicação da regra do art. 924 do CCivil, para reduzir a devolução a 90% das importâncias recebidas pela promitente-vendedora.

Recurso conhecido, pela divergência, e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, nos termos do voto do Sr. Mi-

nistro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

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

Ministro BARROS MONTEIRO,
Presidente. Ministro RUY ROSADO
DE AGUIAR, Relator.

Publicado no DJ de 19-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Gilbran Campos Salvático e s/m propuseram ação ordinária de rescisão contratual contra Arcopleno Arquitetura e Construção Ltda. alegando, em síntese: a) — celebraram com a ré contrato de promessa de compra e venda do apartamento nº 52, do Edifício London Park, localizado na cidade de São Paulo, Avenida Barão de Monte Mor, nº 382, com área total de 278,63 m², sendo 158,15 m² de área útil e 120,48 m² de área comum, com direito ao uso de três vagas na garagem; b) — efetuaram o pagamento do período correspondente aos meses de outubro/92 a maio/93; c) — diante da impossibilidade de continuarem pagando as demais prestações, comunicaram o fato à requerida, solicitando o distrato e a conseqüente devolução das importâncias pagas, tendo a ré concordado somente com a primeira pretensão. Pleiteiam a declaração de nulidade das cláusulas contratuais que prevêm a perda das prestações pagas, decretada a rescisão do contrato e a devolução das quantias pagas.

Julgada parcialmente procedente a ação, os autores opuseram embargos de declaração, acolhidos para declarar que a correção monetária haverá de incidir a partir da

data do pagamento de cada uma das parcelas, com juros legais de 0,5% ao mês; a restituição será feita parceladamente, no mesmo número de prestações pagas, considerando-se, para esse efeito, como termo final, o dia 05/06/93, data que os autores/embarbantes notificaram a ré da sua impossibilidade de prosseguir com os pagamentos.

Ambas as partes apelaram e a eg. 9ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação majoritária, deu parcial provimento ao recurso da ré e negou provimento ao recurso dos autores, de acordo com o voto do relator. O acórdão está assim ementado:

“Cerceamento de defesa. Indeferimento de produção de prova pericial. Matéria de fato e direito suficientemente demonstrada. Cerceamento inexistente. Recurso improvido.

Compromisso de compra e venda. Rescisão. Cumulação com devolução das quantias pagas. Inclusão, por parte da vendedora, no contrato, de percentagem devida por intermediação e pagamentos que somente poderiam ser efetuados por pessoa jurídica. Inadmissibilidade. Rescisão decretada. Caráter artificioso da contratação para escapar dos efeitos do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso improvido.

Juros de mora. Compromisso de compra e venda. Restituição — Devolução das quantias pagas. Verba devida a partir da citação. Recurso provido.

Honorários de advogado. Rescisão contratual. Perda das quantias pagas. Correção monetária da verba honorária a partir do ajuizamento da ação. Recurso provido.” (fl. 226)

Opostos embargos infringentes pelas partes, a eg. 9ª Câmara Civil da 2ª Seção Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, recebeu os embargos interpostos pela ré para julgar improcedente a ação, prejudicado o exame dos embargos dos autores, em aresto assim ementado:

“Compromisso de compra e venda. Rescisão. Devolução das parcelas pagas com desconto dos prejuízos e despesas efetivamente havidos pela vendedora e em prestações. Possibilidade. Restituição com correção monetária das quantias pagas e consequente inexistência de afronta ao Código de Defesa do Consumidor. Embargos infringentes recebidos.

‘Inteiramente razoável a estipulação que o reembolso das parcelas pagas seja feito em prazo idêntico àquele durante o qual houve o desembolso, razoabilidade que resta mais remarcada se se considerar que se trata de estipulação consensual e que esse reembolso de valores corrigidos está previsto para a hipótese de rescisão do contrato por inadimplemento por parte dos compradores’.

Compromisso de compra e venda. Rescisão. Devolução das quan-

tias pagas pleiteada pelos compradores inadimplentes com base no artigo 53 da Lei Federal nº 8.078/90. Inadmissibilidade. Pedido que serve apenas como meio de defesa em ação proposta pelo vendedor para retomada da coisa vendida. Embargos infringentes recebidos.

A nulidade da cláusula que estabelece a perda total das prestações pagas em benefício do credor e, via de consequência, a sua devolução ao comprador, não serve para embasar ação do comprador inadimplente, podendo ser validamente invocada em ação ajuizada pelo vendedor que pleiteia a resolução do contrato e a retomada da coisa vendida.” (fl. 287)

Os autores ingressaram com recurso especial por ambas as alíneas, alegando afronta ao art. 53 do CODECON, na medida em que a decisão recorrida subtrai dos recorrentes o direito à devolução das parcelas que pagaram à recorrida. Dizem, outrossim, que não pleitearam a retomada da coisa vendida, uma vez que a construção do bem não tinha terminado, estando os recorrentes sem a posse do imóvel. Requerem, afinal, seja declarada nula a cláusula 7.1.1, letra a, do contrato particular de compra e venda, condenada a recorrida a devolver as quantias recebidas. Comprova dissídio jurisprudencial com as Apelações 192219376 do TJRS e 229.932-2-SP, do TJSP.

Contra-arrazoado o recurso especial, o Tribunal **a quo** admitiu o recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. A divergência ficou bem demonstrada com a invocação de julgado pelo eg. TARS, em acórdão de lavra do em. Des. Antonio Janyr Dal'Agnoll, que admitiu o pedido de devolução formulado por promissário-comprador inadimplente, e considerou nula cláusula restritiva do direito à restituição das importâncias pagas.

2. As partes estavam concordes com a extinção do contrato, tanto que a vendedora notificou os compradores de que “passamos a considerar, a partir daquela data, a unidade acima inteiramente livre e desembaraçada”, podendo ser compromissada a terceiros” (doc. de fl. 73). O desencontro, como bem assinalado no r. acórdão, era apenas quanto aos efeitos dessa rescisão, que deve ser composta em juízo.

3. A resolução do contrato em casos tais deve normalmente ser feita em juízo, pois não é regra do nosso sistema a resolução extrajudicial, exatamente porque é preciso ponderar a gravidade do inadimplemento e as conseqüências da extinção. Inexistindo o distrato, a via judicial é requerida. Porém, a realidade do negócio pode evidenciar o efetivo desfazimento do contrato, pelo comportamento das partes, quando contrário à continuidade do negócio e com ele incompatível. Nessa hipótese, incumbe ao juiz recolher essa realidade e dispor sobre seus efeitos.

4. Partindo do fato da extinção da avença, pela impossibilidade de um e desinteresse de outro na manutenção do contrato, cumpre indagar se o promissário-comprador, que deixou de pagar as prestações alegando impossibilidade relativa, tinha o direito de promover ação para receber a devolução do que pagaram. Penso que sim. O desfazimento do negócio de promessa de compra e venda tem o efeito de devolver as partes à situação anterior, sendo nula a cláusula que prevê a perda total das prestações pagas pelos compradores (art. 53 do Codecon). Tendo a promitente-vendedora considerado rescindido o contrato e liberado o imóvel para vendê-lo a terceiros, não está o promissário-comprador submetido irremediavelmente à situação de perda do que adiantou, sem iniciativa para recuperar o numerário. Sendo direito seu obter a devolução das quantias pagas, dispõe ele de ação de restituição, que pode propor cumulativamente com o pedido de resolução do contrato por insuportabilidade das prestações, como aconteceu no caso dos autos e como tem frequentemente ocorrido na prática forense, especialmente no Estado de São Paulo.

5. Penso que não corresponde à melhor interpretação do nosso sistema legal a assertiva de que o pedido de devolução das quantias pagas em cumprimento de contrato de promessa de compra e venda não possa ser formulado pelo promissário-comprador, ainda que inadimplente.

A restituição das partes à situação anterior é uma conseqüência da resolução do contrato, pois a extinção da avença implica a necessidade de recomposição, tanto quanto possível, da situação assim como ela era antes.

6. Porque há o direito de restituição, há a ação que pode ser proposta diretamente pelo comprador. A regra do art. 53, última parte, que se refere ao direito de o credor pleitear a resolução do contrato e a retomada do bem, não exclui a possibilidade de o próprio devedor promover ação de resolução do contrato, pois o sistema admite a extinção ou modificação do contrato por onerosidade excessiva, ou por outro nome que se lhe queira dar (imprevisão, alteração da base do negócio, etc.), cuja conseqüência será a restituição das partes à situação anterior.

7. É partindo desse enunciado que, esta eg. 4ª Turma tem reafirmado, em diversos julgados, seu entendimento de que, em princípio, o promissário-comprador tem direito à devolução das prestações pagas na execução de contrato que ficou impossibilitado de cumprir, face à superveniente alteração das circunstâncias, direito que pode ser reconhecido seja na ação de resolução proposta pela promitente-vendedora, seja na de iniciativa do promissário-comprador, pois a restituição, como efeito da extinção do contrato, se faz presente tanto em um caso como em outro, independentemente da autoria da ação.

Lembro voto proferido em caso assemelhado:

“2. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se ao caso dos autos, uma vez que o contrato foi firmado já na sua vigência. Impõe-se, portanto, examinar a incidência do disposto no seu art. 53, que dispõe sobre a cláusula do decaimento.

Tenho para mim que o enunciado principal do referido dispositivo legal consiste em afirmar a nulidade de pleno direito das cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor. Ao dispor que assim será decidido na ação proposta pelo credor, para obter a resolução do negócio pelo inadimplemento do comprador, preocupou-se o legislador em regular a normalidade dos casos, mas não negou a possibilidade de ficar esse direito reconhecido em favor do comprador, quando dele a iniciativa da ação de extinção do contrato. O devedor inadimplente não tem, em princípio, o direito de pedir a resolução do contrato. Porém, se surgir fato superveniente, suficientemente forte para justificar aquele inadimplemento, a parte que sofreu o efeito dessa alteração objetiva da base em que foi celebrado o negócio, pode vir a juízo para provocar a extinção do contrato. Aceita essa premissa, a jurisprudência tem reconhecido como fato suficiente para a resolução a posterior impossibilidade relativa de cumprir o contrato, por efeito da desvalorização da moeda e da implantação de planos econômicos e critérios de atualização das dí-

vidas que desequilibram o orçamento do devedor e o impedem de continuar cumprindo o contrato. Nessa circunstância, pode o devedor tomar a iniciativa da propositura da ação de rescisão. Reconhecido o fato, como aconteceu na sentença, que considerou extinto o contrato pelo desinteresse das partes, seja da vendedora em executá-lo, seja do comprador em pagar as prestações restantes, cumpre aplicar as regras comuns pertinentes ao instituto da resolução, entre as quais está a de reposição dos contratantes na situação em que estavam antes, com direito de o credor adimplente ser indenizado pelas perdas decorrentes da inexecução.

É por isso que esta 4ª Turma, seja aplicando o artigo 53 do CODECON para os contratos posteriores à sua vigência, seja o disposto no art. 924 do CCivil, para os mais antigos, tem reconhecido o direito de o promissário-comprador receber porte do que despendeu na execução do contrato desfeito, ficando a promitente-vendedora com o suficiente para cobertura das despesas que teve com o contrato, se mais não ficou discutido e demonstrado nos autos.

3. Posto isso, estou em conhecer em parte do recurso, por ofensa ao disposto no art. 53 do CODECON e lhe dar provimento parcial, para julgar procedente em parte o pedido e deferir a restituição de 90% do que o autor pagou à ré, devidamente corrigi-

do desde o desembolso, custas proporcionais e honorários de 10% sobre o valor da condenação, aí já considerada a sucumbência parcial. (REsp 109.331-SP, de minha relatoria, DJ 31/03/97).

8. No caso dos autos, o contrato é de ser julgado extinto, pois as duas partes não querem cumpri-lo, conforme manifestação expressa da promitente-vendedora, enquanto que os promissários-compradores desejam a sua rescisão, com a devolução das quantias desembolsadas. Nessa situação, inconveniente a manutenção de um negócio já desfeito. Essa a acertada conclusão a que chegou a eg. Câmara referendando o que constava da r. sentença, como se lê do voto do em. Des. Ricardo Brancato: "Reputo incensurável de igual modo a r. sentença ao declarar rescindido o contrato entre as partes que de resto haviam concordado com essa rescisão conforme deflui dos documentos de fls. 62/63, enviado pelos autores, e 64, respondido pela ré, nos quais se nota a mútua aquiescência quanto ao desfazimento da avença, com dissenso apenas no que tange à restituição das quantias pagas pelos autores" (fl. 224).

9. Assim, extinto o contrato pelo comportamento das partes, cumpre ao juiz dispor sobre as consequências do desfazimento, independentemente de quem tenha sido a iniciativa de vir a juízo procurar uma solução para essa nova relação (relação de liquidação) que se estabeleceu agora entre as partes.

10. Tratando do direito de a vendedora reter consigo parte das importâncias recebidas, a título de indenização, cabe examinar a validade das cláusulas que dispõem sobre as conseqüências da extinção do contrato, a fim de evitar o enriquecimento indevido. Para tanto, não é necessário que a cláusula contratual contenha previsão clara e expressa de perda total das prestações, bastando a imposição de perda indevida ainda que não total, e mesmo quando prevista através de fórmulas dissimuladas, que na verdade contenham imposição de perda total ou quase total, como ficou observado na r. sentença, pois o cumprimento da cláusula 7.1.2 “resultaria, como efetivamente resultou, na perda total dos valores pagos” (fl. 117). No caso, inválidas são as que dispõem sobre a retenção de 8%, a título de taxa de intermediação, e mais o FINSOCIAL e o PIS. Estas duas, por certo, são de responsabilidade da vendedora e nada justifica sua transferência, enquanto que a fixação da taxa de intermediação poderia se constituir em meio de burlar a proibição legal de

decaimento, daí porque me parece mais acertado manter a orientação jurisprudencial da Turma, que aplica a regra do art. 924 do CCivil, deferindo, a título de retenção em favor da vendedora, o valor correspondente a 10% do total das prestações pagas. Para isso considero que os promissários-compradores não exerceram a posse do imóvel.

A restituição deverá ser feita de uma vez, pois a cláusula de devolução parcelada era para o caso de voluntário cumprimento da cláusula 7, o que não ocorreu, passados mais de 4 anos da notificação enviada pela vendedora, considerando desfeito o negócio.

11. Posto isso, conheço do recurso, pela divergência, e lhe dou parcial provimento para julgar procedente em parte a ação, reconhecendo a extinção do contrato e condenando a ré a restituir 90% das importâncias pagas, além de honorários de 10% sobre o valor da condenação em favor do patrono dos autores, já considerada a sucumbência parcial. As custas serão repartidas, 1/3 para os autores e 2/3 para a ré.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 134.993 — MA
(Registro nº 97.0039042-0)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*

Recorrente: *Indústrias Químicas do Norte S/A — Quimicanorte*

Recorrida: *Gráfica Escolar S/A*

Advogados: *Drs. Cícero Francisco de Oliveira e outro, e José Carlos Sousa Silva e outro*

EMENTA: *Civil. Responsabilidade civil. Danos morais. Pessoa jurídica. Possibilidade. Honra objetiva. Doutrina. Precedentes do Tribunal. Recurso provido para afastar a carência da ação por impossibilidade jurídica.*

— A evolução do pensamento jurídico, no qual convergiram jurisprudência e doutrina, veio a afirmar, inclusive nesta Corte, onde o entendimento tem sido unânime, que a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados esses como violadores da sua honra objetiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausentes, justificadamente, os Ministros Bueno de Souza e Ruy Rosado de Aguiar.

Brasília, 3 de fevereiro de 1998 (data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 16-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: A recorrida, editora de “O Estado do Maranhão”, publicou em seu jornal uma série de reportagens nas quais afirmou ter a recorrente vendido, ao Governo Federal, através da Ceme (Central de Medicamentos do Mi-

nistério da Saúde), sem licitação e com preços superfaturados, uma quantidade considerável de soro, salientando que a recorrente teria recuperado suas finanças justamente em razão do contrato administrativo firmado.

Inconformada com essa divulgação, a recorrente ajuizou ação indenizatória baseada na Lei de Imprensa, dizendo-se ofendida em sua honra e pleiteando a condenação da recorrida em danos morais.

A sentença acolheu o pedido, mas o Tribunal de Justiça do Maranhão, sob a relatoria do Desembargador Almeida e Silva, julgou extinto o processo por impossibilidade jurídica do pedido, assinalando que pessoa jurídica não pode pleitear indenização por dano moral. E entendeu ainda a Turma que não era de se exigir, como pressuposto recursal, o pagamento integral do valor a que foi a ré condenada, porque a condenação excedera em quase trinta vezes o teto máximo definido na Lei de Imprensa.

Manifestados declaratórios, foram eles rejeitados.

Insatisfeita, a autora interpôs recurso especial por violação dos arts.

57, § 6º da Lei de Imprensa e 267, VI, CPC, bem como pela ocorrência de dissídio com o REsp 60.033-MG. Alega que a apelação não deveria ter sido conhecida por faltar o pagamento do valor da condenação e ser juridicamente possível o pedido de indenização por danos morais pleiteada por pessoa jurídica.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator): 1. No que concerte ao pressuposto de admissibilidade da apelação — pagamento do valor da condenação como condição para recorrer — a matéria não pode ser analisada nesta instância especial. O voto-condutor, no ponto, assinalou:

“Isso está a demonstrar a impossibilidade de aplicação, sob pena de malferimento do disposto no art. 5º, item LV da Constituição Federal, da regra do § 6º do art. 57 da Lei de Imprensa. Exigir que o recurso só possa ser admitido com o depósito do valor da indenização, fixado em quase trinta vezes o máximo legal, implica, na prática, a anulação do princípio do duplo grau de jurisdição, essencial à preservação da ampla defesa e do contraditório, consagrados no texto constitucional” (fls. 91).

Constata-se, portanto que o acórdão, ao tratar do tema, arrimou-se em fundamento constitucional, que tem o recurso extraordinário como sede própria para discussão, diferentemente do decidido no REsp 39.886-SP, julgado em 22.9.97, cujo aresto se baseou somente em argumento infraconstitucional.

2. Quanto à segunda insurgência da recorrente, por meio da qual ela insiste não ser juridicamente impossível pedido de indenização de danos morais a favor de pessoa jurídica, melhor sorte lhe assiste, tendo restado configurada a divergência com o REsp 60.033-MG, desta Turma, que, enfrentando diretamente a tese jurídica posta, de forma explícita admitiu a condenação da pessoa jurídica por dano extrapatrimonial, embora versando espécie concernente a protesto indevido de título cambial.

Com efeito, como se tem entendido, a pessoa jurídica pode ser vítima de danos morais, não obstante a inicial posição contrária de **Wilson Melo da Silva** (Cf. O Dano Moral e sua Reparação, 2ª ed., Forense, 1969, n. 224, pág. 501).

Bem é verdade que a pessoa jurídica não sente, não sofre com a ofensa à sua honra subjetiva, à sua imagem, ao seu caráter, atributos do direito de personalidade, inerente somente à pessoa física. Mas, não se pode negar, a possibilidade de ocorrer ofensa ao nome da empresa, à sua reputação, que, nas relações comerciais, alcançam acentuadas proporções em razão da influência que o conceito da empresa exerce.

Walter Moraes, no verbete relativo a danos morais, publicado na Enciclopédia Saraiva de Direito, v. XXV, pág. 207, anota que “a doutrina, em geral, admite a tutela da honra das pessoas jurídicas, distinta da proteção da dignidade dos indivíduos que as compõem”.

No mesmo sentido, embora informando a inexistência, à época, de exemplos de danos morais à pessoa jurídica no País, assinalou, **Aguiar Dias**:

“A pessoa jurídica pública ou privada, os sindicatos, as autarquias, podem propor ação de responsabilidade, tanto fundada no dano material como no prejuízo moral. Este ponto de vista, espasado pela generalidade dos autores, é sufragado hoje pacificamente pela jurisprudência estrangeira. A nossa carece de exemplos, ao menos de nós conhecidos. Não há razão para supor que não adote, ocorrida a hipótese, igual orientação” (Da Responsabilidade Civil, v. II, 7ª ed., Forense, 1983).

A doutrina francesa há muito caminha por essa trilha, admitindo a repercussão do dano moral na pessoa jurídica. Primeiramente restringiu ela sua atuação aos sindicatos, para, depois, estendê-la às pessoas jurídicas em geral. **Mazeaud & Mazeaud** assim se posicionaram:

“Le préjudice matériel n'est pas seul en jeu. Un groupement, tout comme une personne physique, a un patrimoine extra-pécuniaire, qui peut être lésé. Il est

capable de subir un préjudice moral, à l'exclusion seulement d'une atteinte aux sentiments d'affection. Si une personne morale n'a pas de coeur, elle a un honneur et une considération” (Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle. t. III, 2ª ed., Librairie du Recueil Sirey, 1934, pág. 685).

De grande valia, ainda, as considerações trazidas pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao relatar o paradigma colacionado pela recorrente, **verbis**:

“Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, autoestima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto que a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza

de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua.

Esta ofensa pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público de que goza no seio da comunidade, sem repercussão direta e imediata sobre o seu patrimônio. Assim, embora a lição em sentido contrário de ilustres doutores (**Horácio Roitman** e **Ramon Daniel Pizarro**, *El Daño Moral y La Persona Jurídica*, RDPC, pág. 215) trata-se de verdadeiro dano extrapatrimonial, que existe e pode ser mensurado através de arbitramento. É certo, que, além disso, o dano à reputação da pessoa jurídica pode causar-lhe dano patrimonial, através do abalo de crédito, perda efetiva de chances de negócios e de celebração de contratos, diminuição de clientela, etc., donde concluo que as duas espécies de danos podem ser cumulativas, não excludentes.

Pierre Kayser, no seu clássico trabalho sobre os direitos da personalidade, observou:

“As pessoas morais são também investidas de direitos análogos aos direitos da personalidade. Elas são somente privadas dos direitos cuja existência está ligada necessariamente à personalidade humana” (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1971, v. 69, pag. 445).

E a moderna doutrina francesa recomenda a utilização da via indenizatória para a sua proteção:

“A proteção dos atributos morais da personalidade para a propositura de ação de responsabilidade não está reservada somente às pessoas físicas. Aos grupos personalizados tem sido admitido o uso dessa via para proteger seu direito ao nome ou para obter a condenação de autores de propostas escritas ou atos tendentes à ruína de sua reputação. A pessoa moral pode mesmo reivindicar a proteção, senão de sua vida privada, ao menos do segredo dos negócios” (*Traité de Droit Civil*, Viney, *Les Obligations*, La responsabilité, 1982, vol. II, pág. 321).

No Brasil, está hoje assegurada constitucionalmente a indenizabilidade do dano moral à pessoa (art. 5º, X, da CR). Para dar efetiva aplicação ao preceito, pode ser utilizada a “regra exposta pelo art. 1.553 do CCivil, segundo o qual, ‘nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitragem a indenização’. Esta disposição permite a indenização dos danos morais e constitui uma cláusula geral dessa matéria” (**Clóvis do Couto e Silva**, “O Conceito de dano no Direito brasileiro e comparado”, *Rev. dos Tribunais*, 667/7). O mesmo dano moral, de que pode ser vítima também a pessoa jurídica, é reparável através da ação

de indenização, avaliado o prejuízo por arbitramento”.

Recentemente, esta Turma teve oportunidade, uma vez mais, de manter seu entendimento a respeito do tema sob enfoque. No REsp 112.236-RJ (DJ 25.8.97), assentou:

“— A pessoa jurídica pode sofrer dano à sua honra objetiva”.

A Terceira Turma não tem discrepado desse entendimento, ao confirmar, no REsp 58.660-MG (DJ 22.9.97), relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter, sentença da então Juíza da 9ª Vara Cível de Belo

Horizonte, Maria Elza Campos Zettel. O referido aresto desta Corte ficou encimado com esta ementa:

“II — Cabível a ação de indenização, por dano moral, sofrido por pessoa jurídica; visto que a proteção dos atributos morais da personalidade não está reservada somente às pessoas físicas (REsp nº 60.033-2-MG — DJ de 27.11.95)”.

3. Em face do exposto, conheço do recurso pela divergência e dou-lhe provimento para, cassando o v. acórdão, ensejar o exame dos demais pontos constantes da apelação.

RECURSO ESPECIAL Nº 135.322 — PA

(Registro nº 97.0039560-0)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Companhia de Saneamento do Pará — Cosanpa*

Advogados: *Drs. Gilberto Júlio Rocha Soares Vasco e outros*

Recorrida: *Companhia Metalúrgica Barbara*

Advogados: *Drs. Otávio Augusto Neves Leão de Salles e outros*

EMENTA: *Recurso especial e ação rescisória.*

O recurso especial em ação rescisória há de combater o que na rescisória ocorreu e não o que se verificara na decisão rescindenda.

Recurso não conhecido.

Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

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

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

Publicado no DJ de 08-06-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Companhia de Saneamento do Pará — COSANPA propôs com fundamento no art. 485, V, do CPC, ação rescisória da sentença em ação ordinária de cobrança que julgara procedente pedido de Companhia Metalúrgica Barbara e condenara o ora acionante ao pagamento da indenização reclamada.

Transfiro da inicial o que se segue:

“Ao juiz é vedado expressamente conceder ao A. mais do que foi pedido, exegese que se extrai não só dos termos do art. 128, do Código de Processo Civil, ..., como do art. 460 ...”

E mais:

“Ora, assim como a sentença não pode inovar a causa o laudo pericial também não tem o condão de alterar o pedido fazendo-o superior ao que a própria A. pleiteara em sua inicial. Entender de outra forma é violar o disposto no art. 294, do CPC, fazendo com que o pedido pudesse ser alterado no curso da lide.” (fls. 4/5)

E ainda:

“12. ... a sentença claramente, a pretexto de validar o laudo pericial, tornou este um substituto do pedido, com afronta direta ao princípio dispositivo, de exclusiva iniciativa da parte e que tinha seu momento único, quando do aforamento da ação.

13. Ao proceder desta forma, a r. sentença impugnada violou o art. 5º, item II da Constituição Federal de 1988 ...” (fl. 6).

As Câmaras Cíveis reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, julgaram improcedente a ação e o acórdão correspondente expõe o seguinte sumário:

“*Rescisória* — Ofensa à literal disposição de lei — Inocorrência — Inteligência do artigo 460, do Código de Processo Civil — Não constitui decisão **ultra petita** a que admite o valor superior do débito declarado, pelo acionante da ação de cobrança, na sua peti-

ção inicial, com a concessão de correção monetária e inclusão, também, na condenação, de juros legais — Ação improcedente.”

Embargos declaratórios opostos pela autora foram rejeitados (fls. 197).

Companhia de Saneamento do Pará — Cosanpa manifestou recurso especial com fulcro no art. 105, III, a, da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 5º, LIV, da CF, arts. 128, 293, 294, 296 e 460, do CPC (fls. 233 a 236).

Pelo despacho de fls. 255 e 256, foi o recurso indeferido, porém, veio a ser processado em virtude do provimento do Ag 131.125 (em apenso).

Posteriormente, chegou a esta Corte o Ag 147.111, contra decisão que denegou o recurso especial.

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Primeiramente julgo prejudicado o Ag 147.111, porquanto já apreciado o Ag 131.125, referente ao mesmo objeto.

A ação rescisória foi julgada improcedente, e do acórdão respectivo traslado:

“(…) A inicial indica como violadas as normas dos artigos 128, 294 e 460, do Código de Processo Civil, além do item II do artigo 5º da Constituição Federal.

Apesar da enumeração exaustiva de dispositivos legais que a respeitável sentença impugnada

teria violado, somente um deles poderia se ajustar a essa hipótese, qual seja o artigo 460, do Código de Processo Civil, pelo qual “É defeso ao Juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe demandado”. Mesmo assim, o exame correto da decisão de 1º grau, na sua abrangência, caracteriza, de pronto, a hipótese de ofensa a essa norma legal, bastando, para isso, considerar-se, como consagrado pela jurisprudência dos nossos Tribunais, o princípio de que não constitui decisão **ultra petita** a que admite o valor superior do débito declarado, pelo acionante da ação de cobrança, na sua petição inicial, com a concessão de correção monetária e inclusão, também, na condenação, de juros legais.

Na espécie, a ação ordinária de cobrança proposta, a 08 de outubro de 1991, pela Companhia Metalúrgica Barbara, contra a COSANPA, pedia, naquele momento, o pagamento do valor de CR\$ 196.698.418,97, correspondente ao total da dívida da acionada, até agosto de 1991, constando, também, da petição inicial correspondente, o pedido de acréscimo, ao principal, de juros de mora e correção monetária.

Por seu lado, a sentença rescindenda, lavrada a 01 de outubro de 1994, ou seja, quase três anos depois da postulação inicial, em tempos de altíssima in-

flação monetária, condenou a devedora ao pagamento da indenização reclamada, segundo a perícia procedida, com acréscimo de juros legais e de correção monetária.

Aqueixa da COSANPA, na rescisória, envolve, também e primordialmente, a homologação, para que o débito alcançasse o total, já transformado na moeda agora em vigor, de R\$ 5.922.805,68, de um dos dois, cálculos apresentados pelo perito de juízo, sustentando que o valor real a ser indenizado é de R\$ 679.687,03.

Ocorre que, no entanto, a alegada nulidade da perícia foi objeto de apreciação e despacho da magistrada sumariante, tornando-se a matéria preclusa, eis que não contestada, pela COSANPA, por meio de recurso próprio.” (fl. 195)

A alegada afronta ao art. 5º, LIV, da CF, não é passível de exame em sede de recurso especial.

O recorrente no seu recurso especial renova toda a argumentação expendida na ação rescisória para asseverar as alegadas ofensas aos arts. 128, 294 e 460, do CPC.

Quanto aos arts. 293 e 296 do CPC deles não se ocupou o acórdão recorrido.

Sem razão o recorrente.

Esta Turma em aresto da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo, REsp 29.999, decidiu:

“Processo Civil. Recurso especial em ação rescisória. Pressu-

postos. Violação a literal dispositivo de lei. Precedentes. Não-conhecimento.

— Para que se abra ensejo à via especial, deve-se questionar a respeito da transgressão aos artigos do Código de Processo Civil referentes à demanda rescisória (485 a 495), e, não, aos dispositivos legais que serviram de suporte à causa de pedir específica de tal ação, sob pena de transformar a via rescisória em reiteiração da ordinária.”

Também assim deliberou este Órgão outras vezes:

REsps nº 11.590, 35.478 e 36.628. Acrescento, ainda, os de nºs 8.232 e 9.241, por mim relatados.

Ressalto, outrossim, que no recurso especial em ação rescisória, em caso como o dos autos há de se combater o que na rescisória ocorreu e não o que se verificara na decisão rescindenda, conforme pretende a recorrente.

O tema recebeu a atenção do inolvidável **Pontes de Miranda**. Com efeito, o Mestre **Pontes**, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, sob o tópico “Recurso extraordinário e ação rescisória”— registrou:

“Problema assaz delicado é o de saber se de decisões proferidas na ação rescisória cabe recurso extraordinário, se não se trata do **decisum** sobre a rescisão —” (Comentários ao CPC, tomo VI, pág. 442, Forense — 1974).”

Sem deixar de lançar a sua crítica a acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, de 1947, **Pontes de Miranda** lhe transcreve trecho que aqui reproduzo:

“Sendo, assim, a ação rescisória com conteúdo próprio, o recurso extraordinário sobre ela somente pode versar matéria referente à rescisória, e não se voltando à relação de direito cuja solução provocou a rescisória — como no caso, inverossímil mas possível, de entender que, apesar de violada a lei, não cabe ação rescisória, ou não cabe, apesar de se tratar de juiz subordinado ou suspeito; enfim, quando se censura a lei sobre ação rescisória, aí caberia recurso extraordinário desta. Do contrário, a parte poderia de sentença vulneradora da lei manifestar recurso extraordinário e ação rescisória; teria dois ensejos de apreciar a matéria da ofensa da lei na ação rescisória própria e, depois no recurso extraordinário, em outra instância, onde se voltaram a discutir os próprios temas do primitivo julgamento” (*ibidem*, pág. 443).”

No caso, renova, na via estreita do recurso especial, a recorrente, a alegação ou a motivação da ação rescisória, sem apontar no acórdão da ação rescisória qualquer violação à norma de processo pertinente à ação rescisória. Creio que tal como agiu a recorrente, ele está na via angusta do recurso especial renovando a ação rescisória, que não obteve sucesso na instância ordiná-

ria, pois que o acórdão não deu por violado nenhum dispositivo relativo à ação rescisória. Apenas insurgiu-se pelo fato do Tribunal de origem não haver encontrado, a seu sentir, violação da lei federal na sentença rescindenda.

É oportuno, neste particular, trazer à colação alguns julgados do Supremo Tribunal que assim pontificam:

“O recurso extraordinário interposto de decisão proferida em ação rescisória deve dirigir-se aos pressupostos desta e não aos fundamentos da sentença rescindenda” (RE nº 14.119 — Relator Ministro Lafayette de Andrada — in Revista Forense, vol. 127, pág. 432).

“Recurso extraordinário. Interposto de julgado em ação rescisória há de se conter nos pressupostos desta e não no mérito da própria rescisória, não se podendo reexaminar a decisão rescindenda. Recurso não conhecido” (RE nº 57.809-PE, Relator Ministro Evandro Lins e Silva — in RTJ, 33, págs. 547/551).

“É jurisprudência do Supremo Tribunal que, interposto de decisão proferida em ação rescisória, deve o recurso extraordinário dirigir-se aos pressupostos desta e não aos fundamentos da sentença rescindenda, limitado o apelo extremo, por essa forma, à indagação de haver sido, com razão ou sem ela, acolhida a rescisória, em caso de absoluta impertinência” (Agravo de Instrumento nº 41.536-PE, Relator Ministro

Raphael de Barros Monteiro —
in RTJ, vol. 44, págs. 133/134).

Ação rescisória. Recurso extraordinário. Ataque aos fundamentos da decisão rescindenda, e não aos pressupostos da rescisória. Inviabilidade. Ofensa à coisa julgada. Improcedência, neste ponto, da impugnação. Recurso de

que não se conheceu. (RE nº 77.599, Relator Ministro Leitão de Abreu, (RTJ 94/1.090).

Posto isso, e porque o recurso especial há de enfrentar o que na ação rescisória tenha ocorrido, e não, na decisão rescindenda, é que não conheço do presente recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 136.342 — PR

(Registro nº 97.0041345-4)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrentes: *Udolar Groth e cônjuge*

Recorrido: *Banco Bradesco S/A*

Interessados: *Bendel do Brasil Indústria e Comércio e Exportação de Madeiras Ltda., Erno Alfredo Bender e Antonio Manuel Matos Branco Delgado*

Advogados: *Simone Zonari Letchacoski e outros, e Daniel Hachem*

EMENTA: *Fraude de execução. Citação. Penhora. Falta de registro. Terceiro de boa-fé. Embargos de terceiro.*

Alienado o bem pelos devedores depois de citados na execução, e tendo os adquirentes transferido o imóvel a terceiro após efetivada a penhora, o reconhecimento da existência de fraude de execução na primeira alienação dependeria da prova de que a demanda reduziria os devedores à insolvência, e de que o adquirente tinha motivo para saber da existência da ação; na segunda, dependeria de registro da penhora ou de prova da má-fé do subadquirente. Isso porque, inexistindo registro da citação da ação ou da penhora do bem alienado a terceiro, incumbe ao exequente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição. Art. 593, II e III do CPC.

Precedentes.

Recurso conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Brasília, 14 de outubro de 1997
(data do julgamento).

Ministro BARROS MONTEIRO,
Presidente. Ministro RUY ROSADO
DE AGUIAR, Relator.

Publicado no DJ de 15-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Udolar Groth e sua mulher ingressaram com embargos de terceiro contra a penhora de imóvel de sua propriedade, efetuada nos autos da execução que o Banco Bradesco S/A promove contra Bendel do Brasil — Indústria e Comércio de Exportação de Madeiras Ltda. e outros, alegando que são terceiros de boa-fé, pois inexistia registro da citação e da penhora, pelo que não tinham ciência da referida execução quando adquiriram o bem de Deotildes Ribeiro de Lima, o qual de sua vez o adquirira da executada Bendel do Brasil.

Julgado improcedente o pedido, os embargantes apelaram e a eg. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná, por maioria de votos, deu provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

“Embargos de terceiros. Aquisição do bem penhorado por uma quarta pessoa, de quem tinha título de domínio registrado e não era parte na execução. Penhora não inscrita. Fraude não demonstrada através de outros meios. Apelação provida para o efeito de serem acolhidos os embargos de terceiros.

1 — Estando o bem penhorado, sua venda por parte do executado é considerada em fraude à execução, sendo irrelevantes a boa-fé do adquirente, o estado de solvência do devedor e a inexistência do registro da penhora;

2 — Entretanto, para que a ineficácia da venda fraudulenta possa ser oposta a terceiros de boa-fé, no caso de sucessivas alienações, necessária a inscrição da penhora. Do contrário, terá o exequente ônus de provar a ocorrência de má-fé do comprador que não adquiriu o bem diretamente do executado.” (fl. 185)

O Bradesco ingressou com embargos infringentes, com fundamento no voto vencido do MM. Juiz Leonardo Lustosa, que restou assim ementado:

“Fraude à execução — Permuta dos imóveis penhorados entre

um terceiro, que os recebera em dação em pagamento do executado — Transação declarada ineficaz por decisão transitada em julgado — Irrelevância de a construção não estar registrada — Investigação da boa ou má-fé dos embargantes — Desnecessidade — Embargos de terceiro improcedentes — Recurso improvido.

Sendo ineficaz, em relação ao credor exequente, a alienação de bem penhorado, "(...) a fraude de execução contamina as posteriores alienações, independentemente de registro da penhora que sobre o mesmo bem foi efetivada, tanto mais quando, como no caso, já fora declarada pelo juiz da execução (...) a ineficácia daquela primeira alienação" (STJ — 3ª Turma — REsp 34.189-2-RJ, Rel. Min. Dias Trindade)." (fls. 191/192)

O eg. Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Alçada do Paraná, por maioria de votos, recebeu os embargos:

"Fraude à execução. Alienações sucessivas. Compra efetuada pelo quarto adquirente. Desnecessidade de prova de má-fé. Presunção legal.

Se a compra e venda inaugural se fez em fraude de execução, as vendas posteriores e sucessivas não têm o condão de impor lisura ou extirpar a mancha existente no mencionado ato.

Embargos recebidos." (fl. 249)

Rejeitados os embargos declaratórios, os embargantes manifestaram recurso especial, por ambas as alíneas do permissivo constitucional, apontando, além de divergência jurisprudencial, negativa de vigência aos arts. 659, § 4º, 333, 472 e 538, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil. Sustentam que os embargos declaratórios foram interpostos para efeito de prequestionamento, não podendo prevalecer a pena de 1% de multa sobre o valor da causa. Entendem que houve ofensa à regra sobre a prova, pois não foi exigido do exequente a demonstração da má-fé deles, embargantes, terceiros adquirentes. Quanto ao mais, reiteram suas teses sobre os requisitos para o reconhecimento da fraude de execução e afirmam a sua boa-fé. Esclarecem que não tinham como saber da existência da penhora, não inscrita no respectivo registro de imóveis, tendo sido o negócio transacionado com outrem que não o executado.

Contra-razões às fls. 322/340.

Admitido o recurso especial na origem, subiram os autos a este eg. STJ.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. Trata-se de saber se caracteriza fraude de execução a alienação de imóvel penhorado feita a terceiro de boa-fé, que desconhecia a existência da exe-

ção promovida contra a primitiva proprietária, por falta de registro da ação e da penhora.

Os fatos são os seguintes: (I) em 17.7.1984, o Banco Bradesco intentou execução contra a empresa Blendel do Brasil e seus avalistas, tendo sido a devedora principal citada em 30 de julho daquele ano, segundo afirmado nos autos, e os demais avalistas em 1985; (II) em 3.4.84, a empresa Blendel do Brasil assinara escritura de confissão de dívida em favor de Deotildes, sogro de um representante da devedora, o que ensejou a execução daquele título e, em 19.10.84, a dação do imóvel em pagamento da dívida; (III) em 11.01.88, houve a penhora de imóvel; (IV) em 15.2.1989, Deotildes ingressou com embargos de terceiro, os quais foram julgados improcedentes, reconhecido que alienação fora feita a ele depois de ajuizada a execução, reduzindo a devedora à insolvência (fl. 44); (V) em 28.6.89 foi o imóvel permutado por Deotildes com o casal ora embargante, que afirma ter tomado conhecimento da execução quando efetuada a avaliação do bem, ingressando então com embargos de terceiro.

2. Sobre o tema, já assim votei:

“1. No tema concernente à fraude de execução, alguns preceitos podem ser enunciados:

a) a alienação de imóvel penhorado, ou de algum outro modo sujeito à constrição judicial (arresto, seqüestro), não constitui propriamente a hipó-

tese do art. 593, II do CPC, mas “é ineficaz em relação ao exequente porque decorre da circunstância de o bem estar submetido ao poder jurisdicional do Estado, através de ato público formal e solene”. É a lição que se recolhe do trabalho do em. Min. Sálvio de Figueiredo, Fraude de Execução, Ajuris 37/224, onde traz à colação a doutrina de **Liebman, Frederico Marques, Barbosa Moreira, Nelson Altemani e Ronaldo Brêtas**. A mesma explicação ficou depois reiterada no REsp 4.132/RS, de sua relatoria, também com amparo em **Yussef Said Cahali**, Fraudes contra credores, 474/475;

b) essa distinção tem efeito prático: enquanto que para a incidência do art. 593, II do CPC, a declaração de fraude de execução tem como pressuposto a capacidade de ser o devedor reduzido à insolvência, “na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial não se indaga a insolvência, que aí é dispensável (REsp 4.132).”

c) a ineficácia da alienação do bem penhorado, frente a terceiros adquirentes que alegam boa-fé, depende de o “credor demonstrar que o terceiro tinha ciência da existência dos atos constitutivos da penhora, do arresto ou do seqüestro” (**Sálvio de Figueiredo**, Ajuris, op. e loc. cit.). Essa prova se faz, em se tratando de imóveis, com o registro da penhora no livro

imobiliário, ou, faltando o registro, com a demonstração da efetiva ciência do adquirente, pelos meios admitidos de prova, durante a instrução. Hoje, a lei exige, para a integralização da penhora de imóvel, o seu registro (art. 659, parágrafo 4º do CPC, com a redação da Lei 8.953/94). Inexistindo o registro e sem a prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da penhora, não há, na alienação do bem, ineficácia por atentado ao ato judicial de constrição;

d) se existe apenas a ação, caso de incidência do inciso II do art. 593 do CPC, não basta o simples ajuizamento, é indispensável a citação válida (REsp 27.431/SP, 4ª Turma, rel. em. Min. Barros Monteiro; REsp 46.340/SP, 3ª Turma, rel. em. Min. Cláudio Santos; REsp 63.003/GO, 4ª Turma, de minha relatoria), na demanda, capaz de levar o devedor à insolvência, e não em outra (REsp 327/SP, 4ª Turma, rel. em. Min. Athos Carneiro; REsp 34.387/SP, 3ª Turma, rel. em. Min. Nilson Naves). Porém, pode ser tanto uma ação executiva como condenatória (REsp 20.778/SP, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo; AGR 11.981, 3ª Turma, rel. em. Min. Eduardo Ribeiro);

e) existindo a ação e citado o devedor, impende que esta ação seja capaz de reduzi-lo à insolvência: “a fraude de exe-

cução apresenta peculiaridades bem nítidas nas hipóteses dos incisos I e II do art. 593, CPC, dentre os quais se avulta o pressuposto da insolvência de fato, dispensável na primeira hipótese, por tutelar o direito de seqüela, imprescindível na segunda” (REsp 4.132/RS, na RSTJ 26/346, do voto do em. Min. Sálvio de Figueiredo; no mesmo sentido: REsp 20.778/SP, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo; REsp 32.890, 4ª Turma, de minha relatoria). A penhora faz presumir a insolvência, que também pode ser notória pela presença de outras circunstâncias (REsp 29.808/SP, 3ª Turma, rel. em. Min. Nilson Naves), cabendo ao devedor o ônus da prova da sua solvabilidade (REsp 13.988/ES, 3ª Turma, rel. em. Min. Cláudio Santos; REsp 1.436/GO, 3ª Turma, rel. em. Min. Bueno de Souza);

f) não estando inscrita a citação do devedor, na ação capaz de reduzi-lo à insolvência, cabe ao credor demonstrar que o terceiro adquirente de bem, alienado depois da citação, tinha conhecimento da existência da demanda: “Processo civil. Fraude de execução (CPC, art. 593-II). Alienação após a citação mas anterior à constrição. Considerações. Recurso não conhecido. I — Em se tratando de fraude de execução, impende demonstrar o dissídio pretoriano identificando os casos confrontados, tantas são as

hipóteses do complexo tema, sendo distintas as contempladas nos incisos do art. 593, CPC. II — Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), que não caracteriza propriamente fraude de execução, não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do art. 593-II, CPC. III — Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso.” (REsp 4.132/RS, 4ª Turma, rel. o em. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07/10/91). “Tratando-se de aquisição efetuado diretamente do devedor, e sendo este insolvente, desnecessário demonstrar que o adquirente tinha conhecimento da pendência da demanda” (REsp 38.239/SP, 3ª Turma, rel. em. Min. Eduardo Ribeiro), o que se aplica para quando a insolvência for notória.

2. No caso dos autos, o embargante adquiriu o bem de terceiras pessoas, não diretamente dos devedores. Quando da assinatura da promessa de compra e venda, em 19.2.93, apenas existia a citação pessoal da mulher de Fernando (em 18.08.92) e a deste, por edital de 17.12.92. A existência de uma ação contra os primitivos proprietários e alienantes

do imóvel permitia a caracterização da fraude de execução se reunidos os seus pressupostos (art. 593, II, CPC): a ação reduziria os devedores à insolvência, estava registrado no álbum imobiliário o fato da citação, ou ficara provado que os adquirentes tinham conhecimento da ação, independentemente do registro. Nenhum desses requisitos ficou comprovado.

Quando da escritura e do registro do imóvel em favor do embargante, em 16.2.94 e 24.2.94, já existia penhora sobre uma parte da gleba, constrição efetivada em 29.12.93. Porém, a penhora não estava registrada, com a agravante de que Manoel estava adquirindo o bem de outros subadquirentes, mais afastado ainda da possibilidade de saber da existência da execução contra os primitivos donos.

Sendo assim, penso que não se caracterizou nem a hipótese do art. 593, II, CPC, que trata da fraude de execução quando existente demanda contra o alienante, nem a hipótese equiparada à de fraude à execução, que corresponde à de ineficácia da alienação de bem penhorado, pois para esses casos se exige ou o registro da citação ou da penhora, ou a prova de que o adquirente tinha conhecimento da demanda ou da penhora.

Acertada, pois, a fundamentação expendida no r. acórdão, de lavra do Dr. Almeida Melo:

“Mister se faz tutelar a boa-fé e dar segurança às relações jurídicas, pois, se a constrição não foi registrada, não há como se dizer que ela produz os efeitos **erga omnes** conferidos aos gravames inscritos no Registro de Imóveis.

No VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada foi aprovada a tese número 9, **verbis**: — “Necessidade de registro da penhora para surtir efeitos contra terceiros de boa-fé”.

O Excelso Tribunal, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 96.838 (AgRg) — SP, publicado na RTJ 111/690, em que figurou como relator o Exmo. Sr. Ministro Alfredo Buzaid, assentou o entendimento de que “Não havendo a inscrição, de que fala a Lei nº 6.015, art. 167, nº 21, incumbe ao credor o ônus de provar a fraude de execução”. (fls. 126/127)

3. Dos dispositivos citados, o v. acórdão apenas se ocupou dos arts. 592 e 593 do CPC, dando-lhes a devida aplicação.

A referência feita à fraude contra credores foi explicada nos embargos declaratórios e nenhum relevo tem para o julgamento da causa, pois na verdade discutiu-se aqui sobre fraude à execução e como tal, foi aceita e examinada a defesa apresentada pelo banco contestante.

4. A divergência quanto aos pressupostos da fraude de execução ficou bem demonstrada, embora deva ser dada prevalência à

orientação a adotada no r. acórdão recorrido.

5. Posto isso, conheço do recurso, pela divergência, mas lhenego provimento.” (REsp 114.415-MG, 4ª Turma, de minha relatoria)

3. O r. acórdão recorrido acolheu a orientação de que a ineficácia do ato de alienação da executada Blendel do Brasil a Deotildes Ribeiro de Lima, reconhecida em sentença, afetava a posterior permuta havida entre Deotildes e o casal ora embargante. Penso que a solução deve ser diferente, desde que se admita a necessidade de proteção da boa-fé do terceiro adquirente, que não teve condições de ter ciência da execução e da penhora. Tanto a executada Blendel do Brasil, como Deotildes não poderiam alienar o bem, pois sabiam da constrição existente; mas o descumprimento desse dever somente implicará a fraude de execução se o terceiro adquirente estiver de má-fé, presumida pela existência do registro da penhora ou da citação, ou comprovada por outros meios de prova, o que não aconteceu na espécie. Se não houve de parte do adquirente conhecimento ou possibilidade de conhecimento da execução ou da penhora, a sua situação deve ser resguardada através dos embargos de terceiro.

4. Afirmou o embargado, na sua contestação, com a dispensa das certidões referidas no DL 7.433, de 18.12.1985, pelo que os adquirentes e ora embargantes assumiram inteira responsabilidade quanto à origem dos bens. Tivessem sido dili-

gentes, tomariam conhecimento “do litígio existente entre o embargado e o alienante Deotildes junto a esta Vara Cível, consoante certidão que ora se junta, em afronta à Lei 7.433” (fl. 87). A certidão a que se refere o contestante não acompanhou a sua petição. Ao que parece, referir-se-ia a uma demanda entre Deotildes e o Banco, quando a penhora decorre de outro processo, contra outros devedores. O argumento, portanto, é inconsistente.

5. O tema sobre o art. 333 do CPC não foi objeto de prévio questionamento.

Aplicou-se fundamentadamente a multa do art. 538, CPC, descabendo reapreciar nesta instância os fatos que a justificaram. Estando devidamente motivada, — e este é o exame que tem sido feito aqui, — deve permanecer.

5. Posto isso, estou conhecendo em parte do recurso, pela divergência quanto à caracterização da fraude de execução, e nesta parte lhedo provimento para restabelecer o r. acórdão proferido quando do julgamento da apelação.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 143.707 — RJ

(Registro nº 97.0056354-5)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*

Recorrente: *Antônia Ribeiro Farias*

Recorrida: *Maria Helena Carneiro Ferreira*

Advogados: *Drs. José de Carvalho e outro, e Gilberto Freitas e outro*

EMENTA: *Civil. Posse. Constituto possessório. Aquisição fictícia. (CC, art. 494-IV). Reintegração de posse. Cabimento. Comodato verbal. Notificação. Escoamento do prazo. Esbulho. Aluguel, taxas e impostos sobre o imóvel devidos. Recurso provido.*

I — A aquisição da posse se dá também pela cláusula *constituti* inserida em escritura pública de compra e venda de imóvel, o que autoriza o manejo dos interditos possessórios pelo adquirente, mesmo que nunca tenha exercido atos de posse direta sobre o bem.

II — O esbulho se caracteriza a partir do momento em que o ocupante do imóvel se nega a atender ao chamado da denúncia do contrato de comodato, permanecendo no imóvel após notificado.

III — Ao ocupante do imóvel, que se nega a desocupá-lo após a denúncia do comodato, pode ser exigido, a título de indenização, o pagamento de aluguéis relativos ao período, bem como de encargos que recaiam sobre o mesmo, sem prejuízo de outras verbas a que fizer jus.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, justificadamente, o Ministro Bueno de Souza.

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

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 02-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: A recorrente adquiriu de Wilson Ferreira o apartamento n. 706 da rua Francisco Sá n. 38, na capital do Rio de Janeiro, não entrando na posse direta do imóvel em razão de lá residir uma ex-nora do vendedor, consentindo a adquirente na sua permanência no bem.

Vencido o prazo concedido para a ocupação, a recorrente notificou a

recorrida para que saísse do imóvel o que, entretanto, não foi atendido. Em decorrência disso, ajuizou a ação reintegratória, pretendendo a desocupação do apartamento.

A Juíza, entendendo que a posse havia sido transferida pela cláusula **constituti** presente na escritura e que o esbulho fora caracterizado pela não-desocupação no prazo concedido pela notificação, julgou procedente o pedido.

Todavia, a situação foi modificada pelo Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, assinalando que a recorrente nunca teve a posse do imóvel, pelo que não poderia manejar ação possessória, devendo buscar a proteção petitória.

Manifestados declaratórios, foram eles rejeitados.

Irresignada, a autora interpôs recurso especial alegando, além de dissídio, violação dos arts. 485, 489, 490, 491, 496, 497, 505, 506, 524, 621, 634 e 1.252 do Código Civil e 926 e 927 do Código de Processo Civil, dizendo que, tendo provado sua posse anterior e o esbulho, teria direito a ser reintegrada na posse do imóvel que adquiriu.

Contra-arrazoado, foi o recurso inadmitido na origem, ensejando agravo, provido para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Relator): Pelo que se constata das decisões proferidas nas instâncias ordinárias, a recorrente adquiriu do ex-sogro da recorrida um imóvel constituído por um apartamento, consentindo, entretanto, que a ocupante permanecesse no bem. Posteriormente, não interessando mais a manutenção do comodato, a recorrente notificou a recorrida para a desocupação, o que não se verificou, dando ensejo a esta demanda reintegratória.

Tenho que não agiu com o costumeiro acerto o eg. Tribunal de origem ao afirmar que, sem ter exercido posse, a recorrente não poderia ajuizar qualquer dos interditos.

Embora realmente não tenha a recorrente exercido atos de posse direta sobre o bem, uma vez que após a venda permaneceu no apartamento a mesma pessoa que a ocupava anteriormente, recebeu ela, a adquirente, a posse pela cláusula **constituti** prevista na escritura pública.

A respeito, assinala **Marco Aurélio S. Viana** (“Curso de Direito Civil”, vol. 3, Del Rey, 1993, pág. 57):

“É possível que duas posses sobre a mesma coisa coexistam sem se anularem. Não se confunde com a comosse em que, como já vimos, duas ou mais pessoas têm a posse sobre a mesma coisa, no mesmo grau, ou no mesmo plano

jurídico. Tratamos, agora, das posses paralelas, que têm por origem a possibilidade de desdobramento da relação possessória. A divisão atende a uma necessidade prática que é determinar às pessoas a extensão da garantia possessória, assinalar que consequências jurídicas se prendem à posse em toda a sua plenitude.

Estabelece-se uma relação jurídica entre o titular do domínio e o terceiro, transferindo aquele para este a posse direta, mantendo-se na indireta. Temos o aproveitamento econômico da coisa, pelo seu dono, que se consubstancia na utilização por terceiro. Assim, posse direta é aquela que exerce o não-proprietário, em decorrência de obrigação, ou direito. Posse indireta é a que o proprietário conserva, quando se demite temporariamente, de um dos direitos elementares do domínio. As duas posses coexistem, não colidem e não se excluem”.

Desta forma, sendo uma das formas de aquisição da posse (art. 494, IV, c/c art. 520-V, ambos do Código Civil, ainda que transmissão fictícia, não se pode afastar o direito da adquirente de utilizar os interditos, dentre os quais a ação reintegratória.

A propósito, assim decidiu a Terceira Turma, no REsp 21.125-MS (RSTJ 36/473):

“Civil. Aquisição da posse. Contrato. Constituto possessório. A posse pode ser transmitida por

via contratual antes da alienação do domínio e, depois desta, pelo constituto possessório, que se tem por expreso na respectiva escritura em que a mesma é transmitida ao adquirente da propriedade imóvel, de modo a legitimar, de logo, para o uso dos interditos possessórios, o novo titular do domínio, até mesmo em face do alienante que continua a deter o imóvel mas em nome de quem o adquireu”.

O esbulho, por outro lado, restou demonstrado a partir da recusa da ocupante em não-liberar o imóvel após notificada, uma vez que com tal expediente foi denunciado o contrato de comodato.

Assim, conquanto seja proprietária, pode a adquirente utilizar-se da ação de reintegração de posse, desde que prove, como ocorreu nos autos, a posse anterior (pelo constituto possessório) e o esbulho (no caso, vencimento do prazo da notificação, uma vez que não se tratava de comodato a termo — REsp 71.172-SP,

j. em 18.11.97). Merece prevalecer, desta forma, o pleito recursal.

É de registrar-se ainda que também procede o pedido da recorrente de ser indenizada pelas perdas e danos, consoante dispõe o art. 1.252 do Código Civil, já que, após a cessação do comodato, a ocupante nada pagou a título de aluguel.

Restou vulnerado, portanto, o direito federal, bem como presente o dissídio jurisprudencial.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar procedente a demanda, reintegrar a autora na posse do imóvel e condenar a ré ao pagamento dos aluguéis devidos (a serem apurados em liquidação) desde o escoamento do prazo para desocupação conferido na notificação, bem como as taxas e impostos incidíveis sobre o bem, se não quitados, sem prejuízo de outras verbas a que fizer jus. Pagará ainda as despesas processuais e honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

RECURSO ESPECIAL Nº 151.949 — RS
(Registro nº 97.0074177-0)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Banco Itaú S.A.*

Recorrido: *Domingos Moreno Neto*

Advogados: *Drs. Itamara Duarte Stockinger e outros*

EMENTA: *Alienação fiduciária. Conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito. Precatória expedida para apreensão do bem ainda pendente de cumprimento. Pretensão prematura. Art. 4º do Dec.-Lei nº 911, de 01.10.69.*

Não afronta o art. 4º do Dec.-Lei nº 911, de 01.10.69, a decisão que difere a conversão pretendida até o desfecho da diligência realizada através da carta precatória.

Pretensão do recorrente, ademais, de reexaminar matéria probatória (Súmula nº 07-STJ).

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

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

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 15-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: O Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo “Banco Itaú S.A.” em acórdão resumido na seguinte ementa:

“Ação de busca e apreensão — Conversão em ação de depósito — Indeferimento.

Mostra-se razoável a decisão que indefere o pedido de conversão por não esgotadas todas as tentativas de localização do bem, quando pendente resultado de carta precatória de busca e apreensão do Agravo desprovido.

Agravo desprovido” (fls. 42).

Inconformado, o agravante manifestou o presente recurso especial com arrimo na alínea a do permissor constitucional, apontado violação do art. 4º do Decreto-Lei 911/69. Insistiu na conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito por duas razões: não haver sido encontrado o bem; e não se apresentar este em mãos do devedor. Argumentou que qualquer uma das duas situações, por si só, seria suficiente para amparar a pretendida conversão.

Sem as contra-razões, o apelo extremo foi admitido, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Pendente de cumprimento a carta precatória expedida para apreensão do bem objeto da garantia de alienação fiduciária, o credor fiduciário requereu a conversão do pedido em ação de depósito.

Não se verifica a alegada contrariedade ao art. 4º do Dec.-Lei nº 911, de 01.10.69, porquanto realmente se afigura prematuro o intento do banco recorrente em proceder à conversão em ação de depósito. Há a informação nos autos, oriunda do Juízo Deprecado (MM. Juiz da Comarca de Uruaçu-GO), no sentido de que a carta precatória em questão foi remetida à Comarca de Campo Novo-MT, localidade onde se encontra a colheitadeira a ser apreendida.

Ora, enquanto não cumprida a deprecada, vulneração da referida norma legal inexistente, uma vez que não satisfeitos ainda inteiramente os requisitos ali previstos. Primeiro, há a indicação do local onde se encontra o bem; depois, sem elementos precisos, não se pode afirmar que o devedor não tenha a posse da coisa, ao menos de forma indireta.

A assertiva formulada pelo banco credor de que os dados de prova carreados aos autos permitem afirmar a não localização do aparelho, esbarra no enunciado da Súmula nº 07 desta Casa, pois está a exigir o reexame nesta instância do quadro probatório coligido.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.